

**Der Rechtsschutz
gegen Verwaltungsakte
im Schulverhältnis**

HORST TILCH

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555208_0009

**Der Rechtsschutz
gegen Verwaltungsakte
im Schulverhältnis**

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
HORST TILCH

1961



Referent: Staatsminister Prof. Dr. Theodor Maunz

Correferent: Prof. Dr. H. Spanner

Tag der mündlichen Prüfung: 21. 12. 1961

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Einleitung	1
§ 1) Abgrenzung der Aufgabe und Begriffsbestimmungen	1
I) Das Schulverhältnis	1
II) Der Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte	11
1) Abgrenzung von der Strafgerichtsbarkeit in Schulsachen	11
2) Abgrenzung vom Rechtsschutz durch die Zivilgerichte	13
3) Abgrenzung vom Rechtsschutz innerhalb des schulischen Verwaltungsapparates	17
§ 2) Methode der Darstellung	21
Erstes Kapitel: Die Entwicklung des Rechtsschutzes im Schulverhältnis bis zur Einführung der verwaltungs- gerichtlichen Generalklauseln und dem Inkrafttre- ten des Grundgesetzes	23
§ 3) Historischer Überblick	23
I) Die Entwicklung der Schulgewalt	23
II) Die Entwicklung des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Schulgewalt	28
§ 4) Schulrechtsprobleme nach 1945	33
I) Die Bedeutung möglichst allgemeingültiger verwaltungs- rechtlicher Begriffe nach Einführung der verwaltungs- gerichtlichen Generalklausel	33
II) Das Problem der Zuordnung schulrechtlicher Tatbestände zu den allgemeinen Begriffen des Verwaltungsrechtes	34
Zweites Kapitel: Die Zulässigkeit verwaltungsgericht- licher Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen im Schulverhältnis	37
§§ 5 - 7: Das Vorliegen eines Verwaltungsaktes als Prozeß- voraussetzung	
§ 5) Der Begriff des Verwaltungsaktes	39
I) Die einzelnen Begriffsmerkmale	39

II) Die Bedeutung des Art. 19 Abs. IV GG für die Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes	41
§ 6) Verwaltungsakte in "Besonderen Gewaltverhältnissen"	47
I) Die Stellung des "Besonderen Gewaltverhältnisses" im öffentlichen Recht	47
II) Die Rechtsnatur der Einzelmaßnahmen innerhalb Besonderer Gewaltverhältnisse	50
§ 7) Verwaltungsakte im Schulverhältnis	62
I) Die Schule als hoheitlich handelnde Verwaltungsbehörde	62
II) Die unmittelbar rechtserhebliche Wirkung schulischer Einzelmaßnahmen	66
III) Beispiele für Verwaltungsakte und Nicht-Verwaltungsakte im Schulverhältnis	70
§ 8) Das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses als Prozeßvoraussetzung	82
I) Die Unterscheidung zwischen schulischem "Grund"- und "Betriebsverhältnis" als Ausgangspunkt für eine differenzierte Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses	82
II) Weitere Kriterien für die Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses bei Klagen aus dem Schulverhältnis	86
§ 9) Sonstige Prozeßvoraussetzungen	88
I) Die behauptete Beschwer	88
II) Parteistellung und gesetzliche Vertretung	88
Kapitel 3 - 5: Die Begründetheit verwaltungsgerichtlicher Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen im Schulverhältnis.	90
Drittes Kapitel: Inhalt und Umfang der Rechte, die durch Verwaltungsakte im Schulverhältnis verletzt werden können	91
§ 10) Das Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder	93
I) Das Elternrecht als Grundrecht	93
II) Das Verhältnis von Elternrecht und staatlichem Recht auf Schulerziehung, insbesondere auf Anordnung der allgemeinen Schulpflicht	94
III) Die Abgrenzung von elterlichem Erziehungsrecht und staatlichem Recht auf Schulerziehung in Einzelfällen	100

§ 11) Sonstige Rechte der Schulbenutzer	105
I) Das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte gemäß Art. 12 Abs. I S. 1 GG	105
II) Das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz, Art. 3 GG	109
III) Sonstige Rechte	110
§ 12) "Rechtsbeschränkungen" durch das schulische Besondere Gewaltverhältnis	112
I) Die überkommene Lehre von den Rechtsbeschränkungen im Besonderen Gewaltverhältnis	112
II) Die Stellung der Besonderen Gewaltverhältnisse im allge- meinen System der Grundrechtsschranken	114
III) Immanente Grundrechtsschranken im Schulverhältnis	121
Viertes Kapitel: Die Rechtsgrundlagen für Verwaltungs- akte im Schulverhältnis	124
§ 13) Die Rechtsquellen des Schulbenutzerrechtes	125
I) Verfassungsbestimmungen	125
II) Gesetzesbestimmungen	126
III) Sonstige Rechtsquellen	127
§ 14) Rechtsnatur und gerichtliche Handhabung der allgemei- nen Vorschriften der Schulverwaltungsbehörden	129
I) Gegenüberstellung von Rechtsverordnung und Verwaltungs- verordnung	129
II) Die Rechtsnatur der allgemeinen Vorschriften zur Regelung des Schulverhältnisses	130
III) Verwaltungsgerichtliche Handhabung der allgemeinen Vor- schriften der Unterrichtsverwaltung	140
Fünftes Kapitel: Die Intensität verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung in Schulsachen	144
§ 15) Stand der Meinungen	145
I) Hauptproblem: Die Leistungsbewertungen	145
II) Die Annahme verwaltungsrechtlicher Besonderheiten für das Gebiet schulischer Leistungsbewertung	145
III) Die Zuordnung der Leistungsbewertungen zu den allge- meinen verwaltungsrechtlichen Begriffen; Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungs- spielraum	149

1) Schulische Leistungsbewertungen als Ermessensentscheidungen	149
2) Schulische Leistungsbewertungen als Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe	151
3) Die verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe; Uneingeschränkte Überprüfung oder Anerkennung eines behördlichen "Beurteilungsspielraumes"?	153
4) Die Einbeziehung des "Beurteilungsspielraumes" in den allgemeinen Begriff des Ermessens	159
§ 16) Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung auf eine Ermessens- oder Vertretbarkeitskontrolle	164
Sechstes Kapitel: Verfahrensrechtliche Fragen bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen gegen Verwaltungsakte aus dem Schulverhältnis	
§ 17) Die Rechtsbehelfslehre im Schulverhältnis	169
I) Allgemeine Vorschriften über die Rechtsbehelfsbelehrung	169
II) Keine Rechtsbehelfsbelehrung beim Erlass schulischer Verwaltungsakte	169
§ 18) Aufschiebende Wirkung und Einstweilige Anordnung	171
I) Aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte aus dem Schulverhältnis	171
II) Einstweilige Anordnungen im Schulverhältnis	175
§ 19) Sonstige Verfahrensfragen	178
I) Klageabweisung durch Vorbescheid	178
II) "Beweislast" - Fragen	178
III) Inhalt und Wirkung des Urteils	181
§ 20) Schlußbemerkung	187
Lebenslauf	189

Literaturverzeichnis

Bachof Otto, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, zugleich eine Untersuchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, Tübingen, 1951

Bachof Otto, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, in Festschrift für Laforet,
München 1952, S. 285 - 316

Bachof Otto, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme,
in DÖV 1953, S. 417 - 424

Bachof Otto, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht; Mitbericht bei der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer in Bonn am 15. und 16. Oktober 1953,
in VVDStL Heft 12, 1954, S. 37 - 84

Bachof Otto, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht,
in JZ 1955, S. 97 - 102

Bettermann Karl August, Zivilgerichtliche Verurteilung der Verwaltungsbehörden zu Amtshandlungen?
in MDR 1953, S. 644 - 647

Bettermann Karl August, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch,
in DÖV 1955, S. 528 - 536

Bettermann Karl August, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte von Bettermann - Nipperdey - Scheuner,
3. Band / 2. Halbband, Berlin, 1959

Boehmer Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung; Erstes Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung,
Tübingen 1950

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Hansischer Gildenverlag, Hamburg, begründet 1950

Brockhaus⁹ Konversations-Lexikon, 14. Auflage, Leipzig 1903

- Brossok Eberhard, Zur Schulverwaltungsreform, - Begriff Schulaufsicht und Trägerschaft der Volksschulen, in DÖV 1952, S. 648 - 651
- Eisenhuth Arno, Die Entwicklung der Schulgewalt und ihre Stellung im Verwaltungsrecht in Deutschland, Würzburg 1932
- Ermacora Felix, Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechtsordnung, in DÖV 1956, S. 529 - 532
- Eyermann - Fröhler, Kommentar zum Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, München und Berlin 1950
- Eyermann - Fröhler, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München und Berlin 1960
- Fleig Paul, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, Freiburg 1953
- Fleiner Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928
- Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 6. Auflage, München und Berlin 1956
- Geiger Willi, Kommentar zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Berlin und Frankfurt 1952
- Giese Friedrich, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, Berlin 1931
- Grewe Wilhelm, Die Rechtsstellung der Privatschulen nach dem Grundgesetz, in DÖV 1950, S. 33 - 36
- Haas Diether, Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen, in MDR 1953, S. 651 - 655
- Hamann Andreas, Kommentar zum Grundgesetz, Berlin-Neuwies-Darmstadt 1956
- Heckel Hans, Die Entwicklung des deutschen Schulrechts seit 1945, in DVBl. 1951, S. 166 - 168 und S. 205 - 209
- Heckel Hans, Umfang und Grenzen der Schulaufsicht, in DÖV 1952, S. 617 - 621
- Heckel Hans, Die Grenzen der Schulgewalt, in RdJ 1954, S. 3 ff
- Heckel Hans, Deutsches Privatschulrecht, Berlin und Köln 1955
- Heckel Hans, Heutiger Stand und künftige Aufgaben des Schulrechts, in DÖV 1956, S. 585 - 590

Heckel Hans, Gegenwartsprobleme des Schulrechts und der Schulverwaltung, in DVBl. 1957, S. 482 - 488

Heckel Hans - Seipp Paul, Schulrechtskunde, 2. Auflage, Berlin-Neuwied-Darmstadt 1960

Heidenhain Martin Eberhard, Die Amtshaftung in der Bundesrepublik, in NJW 1949, S. 841

Heidenhain Martin Eberhard, Zur Amtshaftung in der Bundesrepublik, in NJW 1952, S. 604 ff

Heidenhain Martin Eberhard, Wann können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben? in NJW 1953, S. 1081 ff

Holstein Günther, Elternrecht, Reichsverfassung und Schulverwaltungssystem, in Arch.öfl.R., Neue Folge, 12. Band, Tübingen 1927, S.187 - 254

Jarosch Roland, Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, in DVBl. 1954, S. 521 - 525

Jellinek Walter, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, in VVDStL Heft 2, 1925, S. 8 - 80

Jellinek Walter, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, unveränderter Neudruck, Offenburg 1948

Jesch Dietrich, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in Arch.öfl.R., 82. Band, S.163-249

Kayser Alfred - Leiß Ludwig, Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Auflage, München und Berlin 1958

Kersten Werner, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone im neuesten Gewande, in NJW 1949, S. 208 - 210

Kessler Emil, Die Rechtsprobleme der Höheren Schulen in Bayern, in DÖV 1956, S.605 - 608

Klein Friedrich, Tragweite der Generalklausel des Bonner Grundgesetzes, in VVDStL Heft 8, 1950, S. 67 ff

Klein Rüdiger, Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit; Versuch einer rechtstheoretischen Präzisierung ermessender Geistestätigkeit, in Arch. öfl. R., 82. Band, S. 75 ff

- Klinger Hans, Kommentar zur VO 165 der Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 2. Auflage, Göttingen 1953
- Klinger Hans, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Göttingen 1960
- Koehler Alexander, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt 1960
- Krüger Herbert, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, in DVBl. 1950, S. 625 - 629
- Krüger Herbert, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung in Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952
- Krüger Herbert, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, in DVBl. 1953, S. 78 - 101
- Krüger Herbert, Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in NJW 1953, S. 1369 - 1373
- Krüger Herbert, Das Besondere Gewaltverhältnis: Bericht bei der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer in Mainz am 11. und 12. Okt. 1956, in VVDStL Heft 15, S. 109 ff
- Landé Walter, Die Schule in der Reichsverfassung, Berlin 1929
- Lassar Gerhard, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, in VVDStL Heft 2, 1925, S. 81 - 103
- Lerche Peter, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin - Köln 1953
- Lerche Peter, Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl. 1954, S. 626 - 632
- Loppuch, Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter Verwaltungsakte, in NJW 1952, S. 1037 ff
- Mang Johann, Verwaltungsrecht in Bayer, Band I und II, München 1952
- v. Mangoldt - Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1. Band, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1957
- Maunz Theodor, Deutsches Staatsrecht, 10. Auflage, München und Berlin 1961
- Maunz Theodor, - Dürig Günter, Kommentar zum Grundgesetz, München und Berlin, begründet 1958

Mayer Helmuth, Elternrecht, Schule und Kirche, in DVBl. 1955, S. 581-589

Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München und Leipzig 1924

Menger Christian - Friedrich, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954

Menger Christian - Friedrich, Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jelinek, München 1955, S. 347 - 359

Menger Christian - Friedrich, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte von Bettermann-Nipperdey-Scheuner, 3. Band/ 2. Halbband, Berlin 1959

Mörtel Georg, Gewohnheitsrechtliche Ermächtigung für allgemeine Anordnungen der Unterrichtsverwaltung? in BayVBl. 1958, S. 263-267

Nawiasky - Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, München und Berlin 1948, Ergänzungsband München 1953

Nebinger Robert, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949

Obermayer Klaus, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart / München / Hannover 1956

Obermayer Klaus, Der Rechtsschutz des Soldaten auf Grund der Wehrbeschwerdeordnung und der Wehrdisziplinarordnung, in DVBl. 1957, S. 263 - 272

Päbst Ernst, Die Bedeutung des Art. 19, Abs. IV Bonner Grundgesetz für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage, in DÖV 1951, S. 284 - 288

Palandt, Kommentar zum BGB, 19. Auflage, München und Berlin 1960

Peters Hans, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949

Peters Hans, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte,

, von Bettermann-Nipperdey-Scheuner,

4. Band, 1. Halbband, Berlin 1960

Redding Günter, Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen?
in DÖV 1954, S. 365 - 367

Rehmert Fritz, Die gerichtliche Nachprüfung der Handhabung schulischer
Verwaltungsverordnungen, in NJW 1957, S. 575 - 576

Rehmert Fritz, Verwaltungsgerichtliche Probleme des Schülerrechts,
in DÖV 1958, S. 437 - 445

Reuss Hermann, Das Ermessen, Versuch einer Begriffserklärung,
in DVBl. 1953, S. 585 - 589

Reuter Albert, Schulordnung und Verwaltungsgerichtsbarkeit,
in DÖV 1954, S. 305 - 307

Reuter Albert, Zur Frage der Kostentragung für das öffentliche höhere
Schulwesen in Bayern, in Bay. VBl. 1955, S. 46

Reuter Albert, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl. 1956,
S. 227 - 230 und S. 262 - 264

Reuter Albert, Eine neue Schulordnung für die Höheren Schulen in Bay-
ern, in DVBl. 1957, S. 670 - 675

Reuter Albert, Verwaltungsakte der Schulen, in BayVBl. 1958, S. 16-17

Scheuner Ulrich, Rechtsgrundlagen des Hochschulrechts, in DVBl. 1955,
S. 137 - 140

Schmeller Theodor, Die allgemeine Rechtsstellung der öffentlichen Un-
ternehmungen, Beiträge zum Organisationsrecht der öffentlichen Verwal-
tung, Münchener Diss. 1934

Schneider Hans, Gerichtsfreie Hoheitsakte, Tübingen 1951

Schoen Xaver, Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit,
in DÖV 1955, S. 137 - 143

Schweiger Karl, Elternrecht und Schulpflicht, in DÖV 1956, S. 621-622

Staatslexikon, im Auftrag der Görres-Gesellschaft unter Mitwirkung zahl-
reicher Fachleute herausgegeben von Hermann Sacher, 5. Auflage, Freiburg
1932

Stein Erwin, Probleme des Schulrechts nach dem Grundgesetz,
in NJW 1950, S. 658 - 661

Stern Klaus, Schlichte Verwaltungsäußerungen, in BayVBl. 1957, S. 44-
45 und S. 86 - 88

Thieme Werner, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Entscheidungen in Schul-, Ausbildungs- und Prüfungssachen, in NJW 1954, S. 742 ff

Thieme Werner, Die besonderen Gewaltverhältnisse, in DÖV 1956, S. 521 - 529

v. Turegg Kurt Egon, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Berlin 1954

Ule Carl Hermann, Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Tübingen 1950

Ule Carl Hermann, Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel, in Recht - Staat - Wirtschaft, 3. Band, Düsseldorf 1951, S. 260-299

Ule Carl Hermann, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 309 - 330

Ule Carl Hermann, Das Besondere Gewaltverhältnis, Mitbericht bei der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Mainz am 11. und 12. Okt. 1956, in VVDStL Heft 15, S. 133 ff

Ule Carl Hermann, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Band I, 2. Halbband, in M. von Brauchitsch: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder Köln / Berlin 1960

Ule Carl Hermann, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Auflage, München und Berlin 1961

Walter Fritz, Gewohnheitsrechtliche Ermächtigung für allgemeine Anordnungen der Unterrichtsverwaltung? in BayVBl. 1958, S. 260 - 263

Werner Fritz, Bemerkungen zum Verhältnis von Grundrechtsordnung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in JZ 1954, S. 557 - 561

Werner Fritz, Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl. 1957, S. 221 - 227

Werner Fritz, Zur Lage des Schulverwaltungsrechts, in DÖV 1958, S. 433 - 437

Wolff Hans, Verwaltungsrecht I, München und Berlin 1956

Urteilsanmerkungen

von

Bachof Otto, zum Urteil des LVG Rheinland - Pfalz vom 22.4.1952 -
2 C 2/52 -,
in NJW 1953, S. 317

Bachof Otto, zum Urteil des bayer. VGH vom 18.2.1955, - Nr.17 IV 54-,
in BayVBl. 1955, S. 29 - 30

Bachof Otto, zum Urteil des BVerwG vom 11.10.1956 - I C 179/54 -,
in DVBl. 1957, S. 788 - 790

Gross Werner, zum Urteil des OVG Koblenz vom 18.7.1957 - 1 A 22/57-,
in DVBl. 1958, S. 358 - 359

Hamann , zum Urteil des OVG Rheinland-Pfalz vom 18.12.1953 - 2 A
64/53 -,
in DVBl. 1954, S. 581 - 583

Labs, zum Urteil des BVerwG vom 11.10.1956 - I C 179/54 -,
in DÖV 1957, S. 584 - 585

Oeltze, zum Urteil des BVerwG vom 10.12.1954 - II C 194.53 -,
in NJW 1955, S. 765

Rehmert Fritz, zum Urteil des OVG Hamburg vom 12.3.1956 - OVG Bf.
II 83/55 -,
in NJW 1956, S. 1852 - 1853

Rehmert Fritz, zum Urteil des BVerwG vom 29.6.1957 - II C 105/56 -,
in NJW 1958, S. 232 - 233

Reuss Hermann, zum Urteil des BVerwG vom 10.3.1954 - I C 5/53 -,
in DÖV 1954, S. 535 - 537

Reuss Hermann, zum Urteil des BVerwG vom 11.10.1956 - I C 179/54 -,
in DÖV 1957, S. 585 - 588

Reuter Albert, zum Urteil des BVerwG vom 10.12.1954 - II C 31.54 -,
in BayVBl. 1955, S. 149 - 150

Schneider Hans, zum Urteil des LVG Rheinland-Pfalz vom 22.4.1952 -
2 C 2/52 -,
in DVBl. 1953, S. 82 - 83

Thieme Werner, zum Urteil des OVG Rheinland-Pfalz vom 18. 12. 1953 -
2 A 64/53 -,
in NJW 1954, S. 1461 - 1462

Thieme Werner, zum Urteil des VGH Freiburg vom 12. 9. 1955 - 49/53 -,
in DÖV 1956, S. 639 - 640

Werner Fritz, zum Urteil des bayer. VGH vom 12. 10. 1951 - Nr. 182
III 51 -,
in DVBl. 1952, S. 342

Wolff Hans, zum Urteil des OVG Münster vom 22. 9. 1958 - V A 1568/
57 -,
in DVBl. 1959, S. 75

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
a. M.	anderer Meinung
Arch. öff. R.	Archiv des öffentlichen Rechts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Strafsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BV	Bayerische Verfassung vom 2. 12. 1946
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EUG	Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen vom 9. 3. 1960
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 49
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

LV 1951	Vereinbarung der Unterrichtsverwaltungen der Länder in der Bundesrepublik Deutschland über das Privatschulwesen vom 10./11. 8. 1951
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE Berlin	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichtes Berlin
OVGE Münster und Lüneburg	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
RdJ	Recht der Jugend
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10. Auflage, Berlin 1953
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Rechtsverordnung
VA	Verwaltungsakt
Verw. Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VO	Verordnung
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVO	Verwaltungsverordnung

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes
WV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. 8. 1919
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht

EINLEITUNG

§ 1) Abgrenzung der Aufgabe und Begriffsbestimmungen.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit einigen Problemen, die sich nach der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Schulgewalt ergeben haben. Dabei sind zur Klarstellung der Aufgabe zunächst ein paar Abgrenzungen des Themas von Nachbargebieten sowie die erforderlichen Begriffsbestimmungen vorzunehmen.

I. Das Schulverhältnis

Unter Schulverhältnis wird im Nachstehenden das Rechtsverhältnis verstanden, das zwischen einer öffentlichen Schule einerseits und ihren Schülern sowie deren Erziehungsberechtigten andererseits besteht. Das bedeutet im einzelnen:

1.) Es muß sich um das Rechtsverhältnis zu einer Schule handeln

Der Begriff der Schule, insbesondere der öffentlichen Schule, wird in der Gesetzgebungssprache verwendet, ohne daß es in der Regel zu Auslegungsschwierigkeiten käme, was mit diesem Begriff gemeint ist. Die Gefahr einer Ausuferung des Schulbegriffes droht von seiten des Privatrechtes her, das - im Rahmen der Gesetze - die Gründung der verschiedensten Typen unterrichtlicher Veranstaltung zuläßt. Diese sogenannten "Freien Einrichtungen"¹⁾ ähneln vielfach den öffentlichen oder privaten Schulen, ohne doch Schulen im Rechtssinne zu sein. Heckel²⁾ nennt als Beispiele für solche freien Einrichtungen etwa die privaten Hochschulen und die privaten Einrichtungen der Lehrerbildung, die Einrichtungen der Erwachsenenbildung und -fortbildung, die Fortbildungseinrichtungen der Kirchen und der Gewerkschaften für ihre Angehörigen.³⁾ Mitunter bezeichnen sich freie Einrichtungen selbst als Schulen, so etwa die Volkshochschulen oder die Fahrschulen. Zur Abgrenzung von all diesen freien Unterrichtsveranstaltungen ist es daher angezeigt, den Begriff der Schule näher zu bestimmen, wie er von den Schulgesetzen verstanden wird.

Eine Legaldefinition fehlt, lediglich aus dem Zusammenhang der einzelnen Schulbestimmungen läßt sich herauslesen, welche Merkmale für eine Schule im Rechtssinne kennzeichnend sind. In negativer Formulierung sind diese Merkmale in einer Vereinbarung der Unterrichtsverwaltungen der

1) Der Begriff wird verwendet z. B. in § 6 der LV 1951; ebenso bei Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 44 f.

2) Heckel aaO

3) Ähnliche Beispiele auch bei Peters, Elternrecht, S. 407

Länder in der Bundesrepublik Deutschland über das Privatschulwesen vom 10./11. 8. 1951 herausgestellt worden. § 6 dieser Vereinbarung lautet: "Das Landesrecht soll nach Möglichkeit die Voraussetzungen dafür schaffen, daß unterrichtliche Einrichtungen, die nach ihren Unterrichtsgegenständen und Zielen sowie nach ihrer Organisationsform keinen schulischen Charakter haben und aus diesen Gründen oder wegen des Alters der Schüler nach Sprachsinn und allgemeiner Auffassung nicht als Schulen angesehen werden - (freie Einrichtungen) - sich nicht als Schulen im Sinne dieser Vereinbarung bezeichnen dürfen."

Wenn auf diese Weise festgestellt wird, welche unterrichtlichen Einrichtungen **keine** Schulen sind, so kann man umgekehrt an Hand der gleichen Kriterien auch positiv feststellen, welche anderen unterrichtlichen Einrichtungen tatsächlich Schulen im Rechtssinne sind. Danach machen drei Hauptmerkmale den schulischen Charakter einer Unterrichtsveranstaltung aus: Eine bestimmte Organisationsform, bestimmte Unterrichtsgegenstände und -ziele und ein bestimmtes Alter der Schüler.¹⁾

a) Nach Sprachsinn und Verkehrsauffassung ist die Schule im Rechtssinne - was ihre Organisationsform betrifft - eine geplante, dauerhafte Einrichtung, die unabhängig vom Wechsel der Lehrer und Schüler betrieben wird. Herkömmlicherweise werden die Schulen in einer Form betrieben, für die in der Verwaltungsrechtswissenschaft der Begriff der öffentlichen Anstalt geprägt wurde.²⁾ Dazu gehört nach der Definition des Anstaltsbegriffes³⁾ in erster Linie ein auf die Dauer gerechneter Bestand von sächlichen und persönlichen Mitteln. Zu den sächlichen Mitteln zählt bei den Schulanstalten besonders ein bestimmtes Schulgebäude.

b) Kennzeichnend für eine Schule ist zweitens ihr Ziel, die Schüler planmäßig in einer Mehrzahl von Gegenständen zu unterrichten und sie in einem bestimmten Geiste zu erziehen.⁴⁾

Die Unterrichtung muß nach einem allgemeinen Lehrplan erfolgen, der nicht einseitig auf ganz bestimmte Wissensgebiete zugeschnitten ist. Für die öffentlichen Schulen wird in Art. 4 Abs. II des bayerischen EUG von Gesetzes wegen die Aufgabe festgelegt, den Schülern das überkommene und bewährte Bildungsgut weiterzugeben und neues für die Schüler lebendig zu machen. Wenn auch in den einzelnen Schultypen verschieden, so muß es sich doch immer um eine Vermittlung möglichst allgemeiner Bildung handeln.

1) Zur Begriffsbestimmung der Schule im Rechtssinne siehe insbesondere Heckel, Schulrechtskunde, S. 4ff.

2) Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 135; Thieme, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 522; für Bayern jetzt ausdrücklich in Art. 5 Abs. I EUG (GVBl. 1960 S. 19).

3) Siehe z. B. Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 412

4) Für die bay. Schulen ist dieses Ziel festgelegt in Art. 131 BV und Art. 4 EUG.

Neben der Unterrichtung steht bei den Schulen wesensmäßig die Erziehung der Schüler.¹⁾ Der Schulträger, das ist bei staatlichen Schulen der Staat²⁾, stellt ganz bestimmte Erziehungsziele auf, die in der betreffenden Schule angestrebt werden. Gerade der Anspruch des Staates auf Schu l e r z i e h u n g haben das Schulrecht in der historischen Entwicklung und nach dem positiven Recht in enge Beziehung oder sogar in einen Gegensatz zum elterlichen Recht auf Erziehung der Kinder gebracht.³⁾

Zur Unterrichtung in einer Mehrzahl allgemeinbildender Fächer und zur Wirksamkeit schulischer Erziehung gehört es, daß die Schüler von ihrer Schule voll in Anspruch genommen werden.⁴⁾ Eine Unterrichtseinrichtung, die es zuläßt, daß ihre Benützer nebenbei einem Beruf nachgehen, ist keine Schule. Der Erziehungsauftrag einer Schule kann nicht verwirklicht werden, wenn die Schüler durch einen nebenbei ausgeübten Beruf in einen völlig anderen Lebenskreis gestellt werden und dort eine andere Prägung erfahren als die von der Schule erstrebte. Zu einer wirksamen Schulerziehung gehört es aus pädagogischen Gründen ferner, daß die Lehrenden und Lernenden in einer räumlichen Gemeinschaft zusammengefaßt sind.⁵⁾

c) Für eine Schule ist drittens das Merkmal wesentlich, daß ihre Schüler ein bestimmtes jugendliches Alter haben. Die Schüler müssen alt genug sein, um schon systematisch nach einem allgemeinen Lehrplan in diszipliniertem Zusammenleben mit anderen Schülern unterrichtet werden zu können. Die Schulpflichtgesetze gehen in der Regel von einem Schuleintrittsalter von sechs Jahren aus.⁶⁾ Andererseits müssen die Schüler jung genug sein, um noch wirksam in einem bestimmten Geist erzogen werden zu können. Wegen der engen Beziehung zwischen schulischem und elterlichem Erziehungsrecht wird man eine Altersgrenze ungefähr dort ziehen können, wo auch die elterliche Erziehung endet, d. h. bei Volljährigkeit der Kinder.⁷⁾ Bei Unterrichtseinrichtungen, die von überwiegend älteren Personen benützt werden, spricht jedenfalls eine Vermutung dagegen, daß es sich dabei noch um Schulen im Rechtssinne handelt.

1) Siehe dazu auch Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 405

2) Im Rahmen der Schulaufsicht kann der Staat Mindest-Erziehungsziele auch für nichtstaatliche Schulen aufstellen.

3) Über das Verhältnis von elterlichem und schulischem Erziehungsrecht siehe unter § 10, S. 93 ff.

4) Vergl. dazu § 8 Abs. I, S. 2 des bayer. Schulpflichtgesetzes in der Fassung vom 31. 8. 1957 (GVBl. S. 197)

5) Heckel, Schulrechtskunde S. 5

6) In Bayern die Bestimmungen der §§ 4 und 5 des SchPflG

7) Vgl. auch Heckel, Schulrechtskunde, S. 3;

d) Zusammenfassend läßt sich somit etwa definieren: Eine Schule im Sinne der Schulgesetze ist eine geplante ständige Einrichtung, die unabhängig vom Wechsel ihrer Benutzer - in der Regel Jugendlichen zwischen ca. 6 bis etwa 21 Jahren - den Zweck verfolgt, diese in einer sie voll beanspruchenden Art und Weise nach einem bestimmten Lehrplan in einer Mehrzahl möglichst allgemeinbildender Gegenstände zu unterrichten und nach einem vom Schulträger festgesetzten Leitbild zu erziehen.^{1) 2)}

Nicht zu den Schulen gehören deshalb alle Arten von nur kursmäßig betriebenen Lehrgängen oder jede Art von Fernunterricht. Oft handelt es sich hierbei nicht um ständige Einrichtungen, die Teilnehmer sollen in der Regel nicht erzogen werden, sie können sich aus allen Altersschichten zusammensetzen und üben meistens nebenbei einen Beruf aus.

Unter den Schulbegriff fallen insbesondere auch nicht die Hochschulen und Universitäten. Im Vordergrund steht hier nicht mehr der Erziehungsgedanke³⁾, sondern die wissenschaftliche Arbeit in Lehre und Forschung.⁴⁾

1) Die Definitionen im Schrifttum stimmen in den wesentlichen Merkmalen überein.

Heckel, Schulrechtskunde, S. 6: "Schule ist eine organisierte, dauerhafte Einrichtung, in der unabhängig vom Wechsel der Lehrer und der in der Regel jugendlichen Schüler durch planmäßige, erziehende gemeinschaftliche Unterweisung in einer Mehrzahl von Gegenständen bestimmte Bildungs- und Erziehungsziele erreicht werden sollen.

Hamann, Grundgesetz, zu Art. 7, S. 115: "Schule ist eine auf gewisse Dauer berechnete, an fester Stätte unabhängig vom Wechsel der Lehrer und Schüler in bestimmten Formen organisierte Erziehungs- und Unterrichtseinrichtung, die durch planmäßige und methodische Unterweisung eines größeren Kreises jugendlicher Personen bestimmte Bildungs- und Erziehungsziele zu verwirklichen sucht."

Siehe auch Peters, Elternrecht, S. 407

2) Eine ausführliche Übersicht über die verschiedenen Typen von Unterrichtseinrichtungen, die in der Bundesrepublik Deutschland als Schulen anzusehen sind, findet sich bei Heckel, aaO. S. 33 f.

3) So mit näherer Begründung Scheuner, Rechtsgrundlagen des Hochschulrechtes, in DVBl. 1955 S. 137 - 140, S. 139

4) Heckel, aaO, S. 6

Wirtschaftliche Verhältnisse können es nötig machen, daß die Studenten während langer Perioden ihrer Studienzeit nebenbei einer Werkarbeit nachgehen müssen und in dieser Zeit nurmehr in einer so losen Verbindung zu ihrer Universität stehen, daß eine erzieherische Einwirkung seitens der Universität gar nicht mehr möglich ist. In vielen Fällen ist aus den gleichen Gründen die Universität von einer Stätte der allgemeinsten Bildung zur reinen Ausbildungsstätte für den angestrebten Beruf geworden. Der Studienbetrieb selbst hat mit einer schulmäßigen Unterrichtserteilung nichts zu tun. Während die Schule ihrem Wesen nach die Schüler voll in Anspruch nimmt und durch regelmäßige Aufgabenstellung, häufige Zwischenprüfungen und nötigenfalls durch die Anwendung von Schulzuchtmitteln darüber wacht, daß sich die Schüler ihren in allen Einzelheiten festgelegten schulischen Pflichten nicht entziehen, ist der Studienbetrieb an der Universität vom Grundsatz der akademischen Freiheit beherrscht. Der Studierende hat es weitgehend selbst in der Hand, auf welche Weise er in der Universität mitarbeiten will.

Wenn die Universitäten und Hochschulen aus diesen Gründen auch keine Schulen im Rechtssinne sind, so sind die Rechtsschutzprobleme im Universitätsrecht vielfach denen im Schulrecht ähnlich. Insbesondere für die Fragen nach der Rechtsnatur von Anordnungen im Besonderen Gewaltverhältnis und nach der Möglichkeit einer richterlichen Nachprüfung von wissenschaftlichen Leistungsbewertungen können deshalb auch im Schulrecht alle die Entscheidungen und Abhandlungen herangezogen werden, die sich mit den entsprechenden Problemen im Universitätsrecht befassen.

2.) Das Schulverhältnis muß zwischen Schülern und Eltern einerseits und einer öffentlichen Schule andererseits bestehen

a) Praxis, Wissenschaft und Rechtsprechung betrachten als öffentliche Schulen alle staatlichen Schulen sowie solche nichtstaatlichen Schulen die jeweils nach Landesrecht als öffentliche Schulen gelten.¹⁾ Für Bayern bestimmt Art. 1 Abs. I EUG:

"Öffentliche Schulen sind Schulen, deren Träger der Freistaat Bayern, eine bayerische Gemeinde, ein bayerischer Landkreis, ein bayerischer Bezirk oder ein bayerischer Zweckverband ist."

In Ländern ohne derartige Legaldefinitionen spricht bei Schulen, deren Träger Gebietskörperschaften sind, zumindest eine Vermutung für die Öffentlichkeit, sofern nicht der private Charakter eindeutig kenntlich gemacht ist.²⁾

1) So § 1 Abs. II der LV 1951.

2) Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 43; Reuter, BayVBl. 1955, S. 46.

b) Alle Schulen, die nicht öffentliche Schulen sind, sind Privatschulen.¹⁾ Das sind - positiv ausgedrückt ²⁾ - alle die von "privaten" Schulträgern errichteten und eingerichteten, unterhaltenen (finanzierten) und betriebenen Schulanstalten, mag es sich dabei um eine natürliche Privatperson handeln, wie etwa typischerweise bei einem Landerziehungsheim oder einer höheren Töchterschule, oder um eine juristische Person des öffentlichen Rechts, wie etwa bei Schulen einer Religionsgemeinschaft mit den Rechten einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, eines katholischen Schulordens oder einer Weltanschauungsgemeinschaft, oder schließlich um eine juristische Person des Privatrechts, wie etwa eines eingetragenen Elternvereins oder einer selbständigen Stiftung des bürgerlichen Rechts.

Eine gesonderte Untersuchung über den Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Privatschulen erscheint nicht erforderlich, da das Rechtsverhältnis zwischen einer Privatschule und ihren Schülern und Eltern primär privatrechtlich zu sehen ist.³⁾ Der Beschulungsvertrag, zu Gunsten der Unterrichtung und Erziehung des Kindes zwischen den Trägern der Privatschule und den Erziehungsberechtigten des Kindes abgeschlossen, ist als Vertrag des bürgerlichen Rechts nach zivilrechtlichen Maßstäben zu beurteilen, etwa was seine Kündigung oder die Schulgeldvereinbarung betrifft.⁴⁾ Für Streitigkeiten sind die ordentlichen Gerichte zuständig.⁵⁾ Gewiß erfüllen auch die Privatschulen öffentliche Aufgaben, da man häufig der Schulpflicht auch durch den Besuch von Privatschulen genügen kann (Art. 7 Abs. IV GG/Art. 134 BV/§ 8 Abs. I Ziff. 2 SchPflG/Art. 22 Abs. I EUG für das bayerische Recht). Die Privatschulen leiten ihre Erziehungs- und Ordnungsgewalt den Schülern gegenüber nicht allein aus dem Beschulungsvertrag mit den Eltern her, sondern sie besitzen sie schon deshalb, weil sie in vielen Beziehungen von Gesetzes wegen den öffentlichen Schulen gleichgestellt worden sind.⁶⁾

Dennoch bleibt ihr Verhältnis zu den Benutzern privatrechtlich. Der privatrechtliche Beschulungsvertrag hat dann eben unter anderem zum Inhalt, daß die Eltern mit der Ausübung der Erziehungs- und Ordnungsgewalt durch die Privatschulen in dem Umfang einverstanden sind, wie es - im Falle von Ersatzschulen - die staatliche Genehmigung von dieser betreffenden Privatschule verlangt (Art. 20 EUG). Auch die Anwendung staatlicher Schulordnungen bei staatlich anerkannten Privatschulen macht die Rechtsbeziehungen zu dieser Schule nicht öffentlichrechtlich; auch die Bestimmungen der Schulordnun-

1) Art. 1 Abs. II EUG

2) v. Mangoldt - Klein, Grundgesetz, Art. 7, Anm. VI, 3, S. 292

3) Reuter, Verwaltungsakte der Schulen, in BayVBl. 1958. S. 16/17

4) Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 53

5) Reuter, Verwaltungsakte der Schulen, aaO

6) Für Bayern die Art. 9 ff. EUG, insbesondere Art. 20

gen sind in diesen Fällen als vereinbarter oder zumindest stillschweigend anerkannter Vertragsinhalt anzusehen.¹⁾

Gehören somit die Beziehungen zwischen einer Privatschule und ihren Benutzern zum privaten Recht, so gelten auch für den Rechtsschutz uneingeschränkt alle Bestimmungen des bürgerlichen Rechts und des Zivilprozeßrechts für den Fall von Vertragsverletzungen.²⁾ Rechtsschutzprobleme ergeben sich nur bei der Auslegung des Beschulungsvertrages. Wird eine Schadensersatzklage gegen eine Privatschule z. B. darauf gestützt, daß ein Schüler bei Schuljahreswechsel nicht von der vierten in die fünfte Klasse versetzt worden sei, so wird bei der Suche nach der Anspruchsgrundlage zunächst eine Auslegung des Beschulungsvertrages zu dem Ergebnis führen müssen, daß die Privatschule grundsätzlich verpflichtet ist, dem Schüler das Durchlaufen der Schule in der kürzestmöglichen Zeit zu gestatten und nur bei Vorliegen der bei Vertragsschluß bekannten Voraussetzungen das Vorrücken in die nächsthöhere Klasse versagen darf. Ist dieser Vertragsinhalt ermittelt, dann ergibt sich die Schlußfolgerung, daß eine vom Schulträger über § 278 BGB zu vertretende Vertragsverletzung vorliegt, wenn die Lehrerkonferenz der Privatschule einen Schüler durch schuldhaftes Außerachtlassung der Versetzungsrichtlinien nicht versetzt hat. Daraus erwächst dem Verletzten ein Recht auf Schadensersatz (positive Vertragsverletzung!), der nach der Regel des § 249 BGB durch Naturalrestitution, hier also durch Vornahme der Versetzung zu gewähren ist. In der Zeit zwischen Nichtversetzung und rechtskräftiger Entscheidung kann es dem Schüler in Einzelfällen durch eine einstweilige Verfügung - (§§ 935/940 ZPO) - gestattet werden, am Unterricht der nächsthöheren Klasse teilzunehmen.

Gewiß wird die Auslegung privatrechtlicher Beschulungsverträge immer daran orientiert sein, was Lehre und Rechtsprechung für die entsprechenden Probleme an öffentlichen Schulen sagen. Ergibt sich etwa, daß das Besondere Gewaltverhältnis einer öffentlichen Schule zu gewissen Rechtsbeschränkungen der Schüler führen kann, dann wird es zulässig sein, die stillschweigende Vereinbarung der entsprechenden Rechtsbeschränkungen auch in den Privatschulvertrag "hineinzulesen". Ein für öffentlichen Schulen bestehender "Beurteilungsspielraum" bei der Leistungsbewertung kann den Privatschulen vertraglich zugestanden sein. Gerade die mannigfaltige Gleichstellung von öffentlichen und privaten Schulen gibt dem Privatschulvertrag von vornherein einen Inhalt, der von dieser Gleichstellung auszugehen hat. Das Recht der öffentlichen Schulen ist der Auslegungsmaßstab für private Beschulungsverträge, der Rechtsschutz selbst beurteilt sich aber ausschließlich nach bürgerlichem Recht.

Die eigentlichen Privatschulprobleme - (z. B. Abgrenzung von Ersatz- und Ergänzungsschulen, Genehmigungs- und Anzeigepflichtigkeit etc., im bayeri-

1) Reuter, aaO.

2) Reuter, aaO.

schen Recht Art 8 ff. EUG) - können im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben. ¹⁾

3.) Es muß sich um Rechtsschutzprobleme im Verhältnis zwischen einer öffentlichen Schule einerseits und ihren Schülern sowie deren Eltern andererseits handeln, d.h. um Rechtsschutzprobleme im Schulbenutzer-Verhältnis.

Das Schulbenutzerrecht ist nur ein Teil des Schulrechtes, Dieses Teilgebiet bedarf daher der weiteren Abgrenzung innerhalb des Schulrechtes.

a) Schulrecht ist - nach einer Definition Heckels ²⁾ - "jener Teil des Verwaltungsrechtes, der die Gesamtheit der Rechtsnormen umfaßt, die sich auf das Schulwesen beziehen. Seine Gegenstände sind vorwiegend Aufbau, Organisation und Gliederung des Schulwesens. Unterhaltung und Beaufsichtigung der einzelnen Schulen sowie die Rechtsbeziehungen der Schule zu ihren Schülern und Lehrern, zu den Eltern und zu den verschiedenen gesellschaftlichen Erziehungsmächten".

Dabei ist weiter zu unterscheiden zwischen einem Schulrecht im engeren und im weiteren Sinn. ³⁾

aa) Schulrecht im engeren Sinn ist das eigens für die Schule gesetzte und in ihr geltende Sonderrecht. Das ist der für die ganze Bundesrepublik einheitlich geltende Art. 7 GG, für die Länder die verschiedenen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Schulbestimmungen. ⁴⁾

bb) Das Schulrecht im weiteren Sinn ergibt sich dadurch, daß die verschiedensten Rechtssätze bei ihrer Anwendung auf die Schule durch die schulischen Tatbestände und Bedingungen eine bestimmte Beeinflussung erfahren und eine spezifische Prägung und Färbung erhalten. So gehört z. B. das Recht der Amtshaftung (§ 839 BGB/Art. 34 GG) zum Schulrecht im weiteren Sinn, da der Begriff der Amtspflichtverletzung durch die Aufstellung ganz bestimmter schulischer Sorgfaltspflichten eine bestimmte Prägung erfährt.

b) eine Unterteilung des Schulrechtes erfolgt nach den Gegenständen, mit denen es sich befaßt. ⁵⁾ Folgende Gebiete sind voneinander abzugrenzen:

1) Dazu ausführlich Heckel, Deutsches Privatschulrecht

2) Heckel, aaO. S. 32

3) Heckel, aaO.

4) Einzelheiten über die Rechtsquellen im Schulrecht u. S. 125 ff.

5) Heckel, Die Entwicklung des deutschen Schulrechts seit 1945, in DVBl. 1951, S. 166-168 und 205-209 / S. 166

aa) Schulorganisationsrecht, Dazu gehören etwa Schulaufbau, Schulverwaltung, Schulaufsicht, aber auch die Frage der kommunalen Mitwirkung am Schulwesen und technische Einzelfragen.

bb) Recht der Schulunterhaltung, Schulträgerschaft und Schulfinanzierung.

cc) Schul-Lehrer-Recht. Dieses befaßt sich mit der Rechtsstellung des Lehrers, seiner Ausbildung, seiner Mitwirkung an der Gestaltung der Schule und ähnlichem.

dd) Eltern- und Schüler-Recht oder Schulbenutzerrecht. Hierher gehören die Regelungen über Schulpflicht und Schulgeld, aber auch die vielen Anordnungen und Entscheidungen, die im täglichen Schulbetrieb den Schülern und gelegentlich den Eltern gegenüber ergehen. Beispiele dafür sind die Entscheidungen über Schulaufnahme und Schulentlassung, die Versetzungsentscheidungen und die Leistungsbewertungen, aber auch die einzelnen Aufgabenstellungen im laufenden Schuljahr.

Heckel¹⁾ zählt zum Schulbenutzerrecht ferner noch das Gebiet, das er "Schule und Demokratie" nennt, nämlich die Fragen der Mitwirkung der Eltern und Schüler an der Gestaltung der Schule und an ihrem Leben durch Elternschaften, Klassen- und Schulpflegeschäften, Elternbeiräte, Schülermitverwaltungen und ähnliche, in der Hauptsache vom Privatschulrecht her übernommenen Einrichtungen.²⁾ Die Einbeziehung dieser demokratischen Mitwirkungsrechte in den Begriff des Schulbenutzerrechtes ist jedoch nicht zweckmäßig. Das Schulbenutzerrecht ist im wesentlichen Recht der unselbständigen öffentlichen Anstalt.³⁾ Die hier auftretenden Probleme ergeben sich aus Instituten wie "Anstaltsgewalt", "Besonderes Gewaltverhältnis", "Anstaltsmaßnahmen", u. a. Die demokratischen Mitwirkungsrechte haben mit diesen Instituten nichts zu tun. Sicher wird man sagen können, daß sich der Staat mit der Anerkennung solcher Rechte eine gewisse Selbstbeschränkung bezüglich der Ausübung seiner Anstaltsrechte auferlegt hat. Unter Achtung des Vorranges elterlicher Erziehung und im Bestreben, die Schüler frühzeitig zu verantwortungsbewußter Mitarbeit in demokratischen Formen zu erziehen⁴⁾, finden sich die Anstaltsräger heute mehr als früher bereit, ihre Maßnahmen von Anregungen aus Schüler- und Elternkreisen beeinflussen zu lassen. An der Rechtsnatur des Anstaltsverhältnisses hat sich damit aber nichts geändert. Die Schule trifft ihre Entscheidungen in eigener Verantwortung und darf sich von Anregungen der Eltern und Schüler nur insoweit beeinflussen lassen, als sich solche Anregungen im Rahmen des Schulzweckes und der Schulbestimmungen halten.⁵⁾ Typische Anstaltsmaßnah-

1) Heckel, aaO

2) Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S 53. Für Bayern siehe z B das Gesetz über die Schulpflege an den Volksschulen in der Fassung vom 13. Mai 1960 (GVBl. S. 75).

3) Siehe dazu oben S. 2 ²⁾ und unten S. 47 ff

4) Art. 131 Abs 10 BV

5) Heckel, Schulrechtskunde, S 318

men, wie etwa die Nichtversetzung eines Schülers in die nächsthöhere Klasse, sind selbstverständlich auch gegen den Willen der Elternbeiräte oder Schülermitverwaltungen zulässig. Wegen der rechtlichen Verschiedenheit beider Komplexe empfiehlt es sich daher, unter dem Schulbenutzerrecht nur das Rechtsverhältnis zwischen der Schule als Anstalt und ihren Anstaltsbenutzern zu verstehen und die außerhalb des Anstaltsrechtes stehenden Mitwirkungsrechte als eigenes Teilgebiet des Schulrechtes aufzufassen.

Damit ergibt sich als weiterer Punkt der Einteilung

ee) Demokratische Mitwirkungsrechte der Eltern und Schüler an der Gestaltung der Schule und an ihrem Leben.

ff) Schul-Kirchen-Recht, dessen Gegenstand die Rechtsfragen sind, die im Zusammenhang mit den Instituten von Gemeinschafts-, Bekenntnis- und Weltanschauungsschulen, mit dem Religionsunterricht und Auswirkungen des Elternrechts auf diesen Gebieten stehen.

gg) Privatschulrecht, siehe oben § 1, 1, 2.

c) Der Begriff des Schulbenutzerverhältnisses läßt sich noch durch eine weitere Unterteilung umschreiben, die schon in § 179 der Stein'schen Städteordnung vom 26. 12. 1808 enthalten ist ¹⁾: Die Einteilung des Schulwesens in *innere* und *äußere* Schulangelegenheiten.

aa) zu den inneren Schulangelegenheiten gehört alles, was sich auf das innere Leben der Schule bezieht, also etwa auf Erziehung und Unterricht, Lehrplan und Methode, Schulzucht und Schulbesuch, sowie auf die dienstrechtlichen Verhältnisse der Lehrer. ²⁾

bb) Demgegenüber sind äußere Schulangelegenheiten die Einrichtungen und Tätigkeiten, welche die Vorbedingungen und Mittel für das innere Schulleben schaffen. Hierzu gehören also vor allem Schulunterhaltung und Schulfinanzierung, die Sorge um das Schulgebäude, die Schuleinrichtungen usw. ³⁾.

cc) Daraus ergibt sich, daß das Schulbenutzerverhältnis als Anstaltsverhältnis die Rechtsbeziehungen zwischen Schule und Schulbenutzern in Bezug auf die inneren Schulangelegenheiten meint. Nur auf dem Gebiete der inneren Schulangelegenheiten treten Schule und Schulbenutzer in unmittelbare rechtliche Beziehungen. An den äußeren Schulangelegenheiten, also etwa am Schulhausbau, sind die Schulbenutzer nur interessiert, ohne jedoch durch solche Fragen unmittelbar rechtlich betroffen zu werden.

1) zitiert bei v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 7, Anm. III, 4

2) V. Mangoldt-Klein, aaO

3) V. Mangoldt-Klein, aaO.

II. Der Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte

Im Schulbenutzerverhältnis ergehen von seiten der Schule eine Vielzahl von Maßnahmen gegenüber ihren Schülern. Aufnahmeprüfungen werden abgehalten und für bestanden oder nicht bestanden erklärt; Aufgaben werden erteilt und bewertet; Schulversäumnisse werden geahndet; ein Schüler wird für besonders undiszipliniertes Verhalten körperlich gezüchtigt oder erhält einen Arrest; ein Schüler wird nach Abschluß des Schuljahres nicht in die nächsthöhere Klasse versetzt, da seine Leistungen nicht dem Klassenziel entsprochen haben; Turnübungen werden angeordnet, bei denen sich ein Schüler verletzt und ärztliche Hilfe benötigt; ein Schüler wird wegen eines besonders schweren Vergehens von der Schule verwiesen.

Immer wieder sind dabei Fälle möglich, in denen sich Schüler und Eltern ungerecht behandelt fühlen. Sie sind der Meinung, daß der Schüler zu Unrecht nicht in die Schule aufgenommen bzw. nicht in die nächsthöhere Klasse versetzt worden sei; seine Leistungen seien keineswegs mangelhaft oder ungenügend gewesen; die Hausaufgaben seien zu schwierig und beanspruchten zu viel von der Freizeit des Schülers; eine körperliche Züchtigung hätte nicht wegen eines so leichten Vergehens und schon gar nicht mit dieser Strenge erfolgen dürfen; die angeordnete Turnübung sei für den Schüler zu schwierig gewesen und hätte nur mit ausreichender Hilfestellung ausgeführt werden dürfen.

Damit stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie Eltern und Schüler sich gegen solche, nach ihrer Meinung ungerechten Maßnahmen im Schulverhältnis schützen können. Diese Frage verengt sich im Rahmen dieser Arbeit auf das Problem, ob und wie weit im Schulbenutzerverhältnis Rechtsschutz in der Weise gegeben ist, daß schulische Verwaltungsakte mit der Anfechtungs- oder Vornahmeklage den Verwaltungsgerichten zur Überprüfung vorgelegt werden können.

Diese Aufgabenstellung macht folgende Abgrenzungen notwendig:

1) Abgrenzung von der Strafgerichtsbarkeit in Schulsachen

Mittelbar werden Eltern und Schüler im Schulverhältnis dadurch geschützt, daß schulische Maßnahmen, die den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen, ohne Einschränkung vor den Strafgerichten angeklagt werden können, sei es im Offizialverfahren, sei es im Privatklageverfahren.¹⁾ Der Schutz ist deshalb nur mittelbar, weil eine Bestrafung des schuldigen Lehrers das geschehene Unrecht nicht aus der Welt schafft und dem Verletzten nicht einmal zu einem Schadensersatz verhilft. Lediglich die Tatsache, daß es auch in Schulsachen ein Eingreifen der Strafgerichtsbarkeit gibt und

1) §§ 152/170/374 StPO Dazu Heckel, Schulrechtskunde, S. 334

daß in Einzelfällen Lehrer bestraft werden, hält durch ihre abschreckende Wirkung andere Lehrer davor zurück, in ähnlichen Fällen in Ausübung ihrer Erziehungsaufgabe zu weit zu gehen, so daß damit wenigstens ein indirekter Rechtsschutz geschaffen ist. ¹⁾

Praktisch kommen für diesen strafgerichtlichen Rechtsschutz wohl nur die Fälle in Frage, in denen ein Lehrer einen Schüler körperlich gezüchtigt hat und in denen sich die Frage erhebt, wie weit diese Handlung den Tatbestand einer Körperverletzung nach den §§ 223 ff. StGB erfüllt. Insbesondere nach dem 2. Weltkrieg haben sich Rechtsprechung und Rechtswissenschaft eingehend mit diesen Problemen befaßt. ²⁾

Eine ganz einheitliche Meinung hat sich dazu noch nicht herausgebildet. Die Strafbarkeit körperlicher Züchtigungen hängt im Einzelfall davon ab, wie das jeweilige Schulverhältnis ausgestaltet ist. Eine körperliche Züchtigung ist umso eher zulässig, je mehr eine Schule den Zweck der Erziehung verfolgt, d. h. in der Regel, je jünger die betroffenen Schüler sind. Dem Volksschullehrer wird deshalb in der Regel ein auf Gewohnheitsrecht beruhendes bzw. von den Eltern übertragenes Züchtigungsrecht zugebilligt, dem Lehrer an einer bayerischen Berufsschule wird es vom BGH dagegen in der oben zitierten Entscheidung ³⁾ ausdrücklich abgesprochen. Immer muß die körperliche Züchtigung das letzte Mittel sein, mit dem der Lehrer nach Versagen aller anderen Disziplinarstrafen das erstrebte und erlaubte Ziel durchzusetzen versucht.

1) Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 140

2) z. B. OLG Köln vom 29. 1. 1952 (Ss 260/51) in NJW 1952/479.

BGH St. Bd. 3 S. 105 = NJW 1952/1023

BGH vom 14. 7. 1954 (5 StR 688/53) in BGH St. Bd. 6 S. 263 = NJW 54/1615

SchLÖLG vom 25. 1. 1956 (Ss 395/55) in JZ 1957/450.

OLG Hamm vom 24. 7. 1956 (1 Ss 640/56) in NJW 56/1690

BGH vom 23. 10. 57 (2 StR 458/56) in BGH St. Bd. 11 S. 241

BGH vom 1. 7. 58 (1 StR 326/56) in NJW 58/1356

Aus dem Schrifttum z. B. :

Redelberger, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, in NJW 52/1158 und in NJW 55/1303

Mayer, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, in DVBl. 56/469 ff.

Schmelzer, Das Züchtigungsrecht als Rechtfertigungsgrund, ZBR. 56/388 ff.

Bruns, Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers (Überblick über Rspr. und Schrifttum zur Frage nach Inhalt, Umfang und Grenzen des Züchtigungsrechtes der Lehrer) in JZ 57/410.

Kirchhof, Das Züchtigungsrecht des Lehrers (Zur Rspr. des BGH) in DRiZ 58/250

Heckel, Schulrechtskunde, S. 312 ff.

3) BGH vom 1. 7. 58 in NJW 58/1356

Im übrigen folgt die Strafgerichtsbarkeit sowohl im materiellen Recht - (Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung, Lehre von der sozialen Adäquanz einer an sich strafbaren Handlung, Ausschluß der Rechtswidrigkeit, Verbotsirrtum¹⁾) - als auch im formellen Recht - (Einstellung wegen Geringfügigkeit, Verweisung auf den Privatklageweg etc.) - ausschließlich den Regeln des StGB und der StPO und bedarf für das Schulrecht keiner näheren Erörterung. Lediglich bei der Prüfung der strafrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einer schulischen Maßnahme wird auch der Strafrichter die Auslegung an den Lehren orientieren, die vom öffentlichen Recht für die Erziehungsbefugnisse öffentlicher Schulen aufgestellt sind. Insoweit, nämlich als Auslegungsmaßstab für die strafrechtlichen Begriffe in Schulsachen, beeinflusst das öffentliche Schulbenutzerrecht also auch die Strafgerichtsbarkeit.

2.) Abgrenzung vom Rechtsschutz durch die Zivilgerichte.

Die Schule ist als nichtrechtsfähige öffentliche Anstalt öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Durch die Zivilgerichte kann Rechtsschutz im Schulverhältnis deshalb nur insoweit gewährt werden, als durch Gesetz Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur ausdrücklich den Zivilgerichten zur Entscheidung zugewiesen sind. Von Bedeutung sind dabei im Schulrecht die Amtshaftungsprozesse, für die Art. 34 Ziff. 3 GG und nun auch § 40 Abs. II VwGO ausdrücklich den ordentlichen Rechtsweg eröffnen.²⁾

a) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Gemäß Art. 34, 1 GG trifft die Verantwortlichkeit in solchen Fällen dann den Staat oder die anstellende Körperschaft, wenn der Beamte³⁾ in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes d.h. wenn er hoheitlich handelt. Es gehört zur ständigen Rechtsprechung, daß der Staat oder die anstellende Körperschaft, also etwa die Gemeinde, über § 839 BGB/Art. 34 GG auch für die Lehrer an öffentlichen Schulen haftet, die in Ausübung der hoheitlichen

1) Zur Frage des Verbotsirrtums beim Vorliegen eines Irrtums über Art und Umfang der Züchtigungsbefugnis insbesondere BGH St. Bd. 3 S. 105 = NJW 52/1023

2) Mit der Formulierung "Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlichen Pflichten" in § 40, II VwGO sind die Amtshaftungsprozesse nach § 839 BGB / Art. 34 GG in erster Linie gemeint; so insbesondere Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40, Anm. 79

3) Dieser Begriff im weitesten Sinne, da Art. 34 Ziff. 1 GG nur den Begriff "jemand" verwendet.

Schulgewalt Amtspflichten verletzen, die ihnen den Schülern und Eltern gegenüber obliegen. ¹⁾

Ebenso wie der Strafrichter wird auch der Zivilrichter bei Schulsachen die Auslegung der entscheidenden Begriffe - (hier insbesondere Begriffe wie Amtspflicht, Fürsorgepflicht, Obhutspflicht u. ä.) - unter Heranziehung der Lehren des öffentlichen Rechtes über die Ausgestaltung öffentlicher Schulverhältnisse vornehmen.

Dennoch bleibt das Recht der Amtshaftung ein in sich abgeschlossenes Rechtsgebiet eigener Art, das für das Anwendungsgebiet des Schulrechtes keine Modifizierung erfährt. Zu den einzelnen Amtshaftungsproblemen - (etwa Anstellungs- und Funktionstheorie bei der Frage nach der haftenden Körperschaft, Subsidiarität der Staatshaftung, Schadensabwendung durch Einlegung eines Rechtsmittels etc.) - kann daher auch in Bezug auf das Schulrecht auf die allgemeinen Abhandlungen über das Amtshaftungsrecht hingewiesen werden. ²⁾

b) Die Möglichkeit, im Wege des Amtshaftungsprozesses einen Schadensersatzanspruch durchzusetzen, ist für den rechtsschutzsuchenden Schüler in vielen Fällen ohne große praktische Bedeutung. Die Amtshaftung knüpft noch nicht an ein bloß rechtswidriges Verhalten des Lehrers an - (wie die verwaltungsgerichtliche Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage, § 42 VwGO) -,

1) So wurde die Amtshaftung für ein Verschulden von Lehrern unter anderem bejaht:

Beim Schwimmunterricht, RG JW 1938, 233

Beim Spielen auf dem Schulhof, RG Warn 1939 Nr. 135,

RG Z Bd. 125/ S. 85

In der Pause, BGH Bd. 13 / S. 25

Bei Jugendwettkämpfen, RG Z Bd. 121/ S. 254.

Bei Überschreitung des Züchtigungsrechtes, RG Z Bd. 105 / S. 4

Warn. 39, Nr. 140.

Bei mangelhafter Beaufsichtigung am Schulausflug, BGH Z Bd. 28/S. 297.

Beim Turnunterricht, wenn der Lehrer zu hohe Anforderungen stellt oder nicht die nötige Hilfe gibt, RG Warn. 1929 Nr. 76

2) Als Beispiele seien hier nur genannt:

Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, 1955

Kayser-Leiß, Die Amtshaftung, 2. Auflage, 1958

Weitnauer, Die Haftung aus Amtspflichtverletzungen, 1956

sondern setzt ein schuldhaftes Handeln voraus, § 839, I, 1 BGB, wobei - (wieder anders als bei dem von der Untersuchungsmaxime beherrschten verwaltungsgerichtlichen Verfahren, § 86 VwGO) - der Kläger den Verschuldensnachweis selbst erbringen muß.

Der wesentlichste Nachteil des Amtshaftungsverfahrens liegt für den Schüler aber darin, daß selbst dann, wenn eine Verurteilung des Staates zur Schadensersatzleistung erfolgt, dieses Urteil immer nur auf eine Ersatzleistung in Geld gerichtet ist.¹⁾ Nach ganz überwiegender Lehre dürfen die ordentlichen Gerichte im Amtshaftungsprozeß trotz des Gebotes der Naturalrestitution in § 249 BGB die Verwaltungsbehörden nicht zur Vornahme, Aufhebung oder Unterlassung von Amtshandlungen verurteilen.²⁾ Diese unmittelbaren Eingriffe in den Verwaltungsapparat sollen nach dem Willen des Gesetzgebers allein den Verwaltungsgerichten und dem für diese Zwecke allein geschaffenen verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorbehalten sein. Es kommt hinzu³⁾, daß Art. 34 GG den Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruches nicht selbst bestimmt, sondern lediglich den gegen den verantwortlichen Beamten gerichteten und inhaltlich durch § 839 BGB festgelegten Anspruch auf die Körperschaft überträgt.⁴⁾ Zur Vornahme einer Amtshandlung kann ein Beamter aber niemals persönlich verurteilt werden.^{5) 6)}

1) Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40, Anm. 79, mit weiteren Nachweisen: insbesondere: RG Z Bd. 150/S. 143; Bd. 156/S. 40; BGH Z Bd. 4/S. 311; Bd. 5/S. 102.

RGRKomm. § 839 BGB, Anm. 5, S. 843, m. w. N.

Palandt, § 839 BGB, Anm. 10 b

2) Bettermann, DÖV 1955, S. 528 ff, S. 529. Dazu auch die umfassende Rechtsprechungsübersicht bei Kayser-Leiß, Die Amtshaftung, S. 233 ff.

3) worauf besonders Bachof in der Süddeutschen Juristenzeitung 1950, S. 166 hinweist.

4) A. M. allerdings Loppuch, Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter VA^{te}, in NJW 1952/S. 1037 ff. Nach Loppuch tritt die Haftung der Körperschaft von vornherein an die Stelle der Haftung des Amtsträgers, nicht erst am Umweg über eine Haftungsübernahme. Inhaltlich könne der Schadensersatzanspruch deshalb durchaus auf ein hoheitliches Handeln gerichtet sein.

5) Wie Bachof auch Bettermann, DÖV 1955, S. 528 ff./529.

6) Die Meinung, daß die ordentlichen Gerichte im Amtshaftungsprozeß nach Inkrafttreten des Bonner GG auch zur Vornahme hoheitlicher Maßnahmen verurteilen könnten, ist in letzter Zeit wohl nur von Heidenhain vertreten worden:

Die Amtshaftung in der Bundesrepublik, in NJW 1949/841 ff.

Zur Amtshaftung in der Bundesrepublik, in NJW 1952/604 ff.

Führt somit der Amtshaftungsprozeß bestenfalls zu einer Schadenersatzleistung in Geld, so scheidet er von vornherein für die ganz überwiegende Zahl der Fälle aus, in denen Schüler und Eltern Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Schulgewalt suchen. Wenn ein Schüler meint, daß er zu Unrecht nicht in eine bestimmte Schule aufgenommen wurde, dann will er mit seiner Klage in erster Linie erreichen, daß die versagte Aufnahmegenehmigung erteilt werden möge. Dies setzt die Verurteilung der Schule zu einer hoheitlichen Maßnahme voraus, die im Amtshaftungsprozeß nicht erreicht werden kann. Die Möglichkeit, Schadenersatz in Geld zu erhalten, wenn er den Verschuldensnachweis führen kann, ist für den Schüler praktisch ohne Wert, da sich der Nachweis eines konkret eingetretenen Schadens nicht erbringen lassen wird. Wie will der Schüler den weite-

Wann können die ordentlichen Gerichte VA^e aufheben? in NJW 1953/
1081 ff.

Heidenhain stützt seine Meinung darauf, daß mit Art. 19 Abs. IV GG grundsätzlich die Möglichkeit geschaffen worden sei, Rechtsverletzungen von seiten der öffentlichen Gewalt vor die ordentlichen Gerichte zu bringen. Damit sei den ordentlichen Gerichten - zunächst im Rahmen der Prozesse nach Art. 19, IV GG - auch die Befugnis eingeräumt worden, mit dem Urteil unmittelbar in die Hoheitsverwaltung einzugreifen. Wenn auf diese Weise die ordentlichen Gerichte erst einmal von Verfassungs wegen die Befugnis zum Eingreifen in die Hoheitsverwaltung erhalten hätten, dann sei es nicht mehr verfassungswidrig, ihnen diese Befugnis auch im Rahmen der Amtshaftungsprozesse zuzubilligen. Eine solche Lösung sei zweckmäßiger und für den Geschädigten günstiger, da auf diese Weise nicht mehr über denselben Streitstoff in zwei getrennten Verfahren, nämlich im Amtshaftungsprozeß und im Verwaltungsgerichtsprozeß entschieden werden müßte.

Die herrschende Lehre ist Heidenhain jedoch entgegengetreten, und zwar insbesondere mit dem Hinweis auf die Subsidiarität der Bestimmung des Art. 19, IV GG. Art. 19, IV GG will ja nur die Lücken schließen, die im umfassenden System des Verwaltungsrechtsschutzes eventuell noch bestehen sollten. Wo keine Lücke besteht, wie also insbesondere beim Rechtsschutz gegen VA^e, ist den ordentlichen Gerichten durch das GG keine neue Befugnis gegeben worden.

Dazu besonders Menger, Festschrift für Jellinek, S. 347 ff/350;

Schoen, Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DÖV 1955/S. 137 ff.,

142

Richter in NJW 1953, S. 1579/1580

Loppuch, Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter VA^e in NJW 1952, S. 1037 ff und in NJW 1953, S. 1578/1579

ren Geschehensablauf dartun, der sich ergeben hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre? Kann er beweisen, daß er die Schule dann in der kürzesten Frist durchlaufen hätte; daß er nie von der Schule verwiesen worden wäre; daß er nach erfolgreichem Abschluß der gewünschten Schule den oder jenen Beruf sicher erreicht und dauernd ausgeübt hätte? Das dürfte in der Regel unmöglich sein, und auch mit einer richterlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO wird angesichts der Verschwommenheit der Kausalzusammenhänge ein zu ersetzender Geldbetrag nicht festzusetzen sein.

c) Das Hauptanwendungsgebiet für Amtshaftungsklagen in Schulsachen werden also die Fälle bleiben, wo es dem Schulbenutzer darum geht, einen Vermögensschaden, dessen Eintritt er beweisen kann, in Geld ersetzt zu erhalten. Das ist der Fall bei körperlichen Verletzungen, die Behandlungskosten verursachen oder wenigstens einen Schmerzensgeldanspruch entstehen lassen, oder bei Beschädigung ganz bestimmter materieller Vermögenswerte in schuldhafter Verletzung schulischer Aufsichts- und Fürsorgepflichten.¹⁾

3.) Abgrenzung vom Rechtsschutz innerhalb des schulischen Verwaltungsapparates.

Auch außerhalb der Gerichtsbarkeit wird dem Schulbenutzer in gewissem Umfang Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Schulgewalt gewährt.

a) Die öffentlichen Schulen sind als nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern stellen nur ein Teilgebiet aus der Verwaltungstätigkeit ihres rechtlich selbständigen Verwaltungsträgers (Staat oder Gemeinde) dar.²⁾ Eingebunden in die Verwaltungshierarchie des Schulträgers, unterliegen deshalb auch die Schulen der Selbstkontrolle, die innerhalb einer öffentlichen Verwaltungshierarchie herrscht. Diese ständig ausgeübte Selbstkontrolle hat zum Ziel, Maßnahmen, die als fehlerhaft oder unzweckmäßig befunden worden sind, durch richtige oder zweckmäßigere Maßnahmen zu ersetzen. Das geschieht entweder im Wege der Abhilfe - (die erlassende Behörde, in Schulfällen also die Schulleitung, ändert die betreffende Maßnahme selbst ab) - oder durch eingreifende Weisungen und Maßnahmen der vorgesetzten Behörde, hier z. B. des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus.³⁾ Bei dem Grundsatz der strengen Über- und Unterordnung, der die gesamte Ver-

1) Heckel, Schulrechtskunde, S. 334

2) Mang, Band I, S. 82

3) Für Bayern gemäß § 5 Nr. 1 der Geschäftsverteilungs-Verordnung vom 19. Dezember 1956

waltung beherrscht, und bei der Bindung der unteren Behörden an Weisungen und Aufträge der ihnen übergeordneten besteht für die vorgesetzten Behörden grundsätzlich jederzeit die Möglichkeit, sich mit der Tätigkeit der unteren Behörden zu befassen.¹⁾ Probleme im Zusammenhang mit dem gemeindlichen Recht auf Selbstverwaltung ergeben sich bei der staatlichen Kontrolle von Gemeindeschulen insoweit nicht, als sich diese Kontrolle mit Fragen des Schulbenutzerverhältnisses, also mit inneren Schulangelegenheiten befaßt.²⁾ Denn diese inneren Schulangelegenheiten unterliegen in jedem Falle der alleinigen Schulaufsicht des Staates. Art. 7 Abs. I GG, Art. 130 Abs. I BV.³⁾

b) Die Kontrolle der Verwaltung über ihr eigenes Handeln kann entweder von selbst oder auf Anregungen aus der Bevölkerung, insbesondere der Betroffenen hin, tätig werden. Bei diesen Hinweisen aus der Bevölkerung auf angeblich fehlerhaftes Verwaltungshandeln unterscheidet man herkömmlicherweise drei verschiedene Formen⁴⁾:

aa) Die Gegenvorstellung.

Sie richtet sich immer an die Stelle selbst, deren Maßnahme angegriffen wird, mit dem Ersuchen, die erlassene Entscheidung noch einmal zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben oder zu ändern.

bb) Die formlose Beschwerde oder Aufsichtsbeschwerde

Sie richtet sich an die vorgesetzte Behörde und enthält das Ersuchen, die angegriffene Maßnahme der Sache nach zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben oder abzuändern.

cc) Die Dienstaufsichtsbeschwerde

Sie bringt einen Verwaltungsvorgang der Dienstaufsichtsbehörde zu dem Zwecke zur Kenntnis, daß das persönliche - (dienstliche oder außerdienstliche) - Verhalten des betreffenden Beamten bei dem gerügten Vorfall überprüft und gegebenenfalls geahndet werden möge.

c) In Bezug auf diesen Rechtsschutz innerhalb des Verwaltungsapparates ergeben sich für das Schulrecht keine Besonderheiten.⁵⁾ Eine eigene gesetzliche

1) Mang. Band I, S. 134; ebenso Jellinek, Verw. Recht, S. 291/292.

2) Siehe dazu oben Seite 10.

3) v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 7, Anm. III, 4. Kollisionen mit dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht sind nur im Bereich der äußeren Schulangelegenheiten möglich, wo der Staat nur die allgemeine Staatsaufsicht, nicht die Schulaufsicht ausübt.

4) Mang., Bd. I, S. 134-136; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 454.

5) Reuter, Verwaltungsakte der Schulen, aaO S. 16/17.

Regelung für den verwaltungsinternen Rechtsschutz ist zwar nicht vorhanden¹⁾, wegen der allgemeinen Geltung dieser Grundsätze aber auch gar nicht erforderlich.

Der Schüler bzw. seine Erziehungsberechtigten können also erreichen, daß der Lehrer auf Grund ihrer Gegenvorstellung seine Entscheidung revidiert und eine Klassenarbeit mit einer besseren Note bewertet. Sie können erreichen, daß sich das Staatsministerium für Unterricht und Kultus auf Grund einer Beschwerde mit einem bestimmten Fall befaßt und zum Beispiel ausspricht, daß ein Schüler trotz einer ursprünglich anderen Entscheidung der Schule in die nächsthöhere Klasse zu versetzen ist.

Sicher wird in der Mehrzahl der Fälle Abhilfe schon durch diese verwaltungsinterne Rechtsschutzgewährung geschaffen werden, wenn eine schulische Maßnahme offensichtlich fehlerhaft oder unzweckmäßig war.²⁾ Im Ergebnis ist diese Art des Rechtsschutzes für den Schulbenutzer wesentlich vorteilhafter als der Rechtsschutz durch die Straf- oder die Zivilgerichte; denn hier bietet sich ihm eine Möglichkeit an, die angegriffene Schulmaßnahme unmittelbar abändern oder aufheben zu lassen. Der verwaltungsinterne Rechtsschutz ist leicht in Anspruch zu nehmen, da Gegenvorstellungen und Beschwerden weder form- noch fristgebunden sind und von jedermann, in der gleichen Sache auch wiederholt, eingelegt werden können.³⁾ Insbesondere erübrigt sich im verwaltungsinternen Verfahren die Nachprüfung, ob die angegriffene Schulmaßnahme ein Verwaltungsakt sei und welche Rechte des Betroffenen sie eventuell verletze. Die Verwaltung kann jede ihrer Maßnahmen ohne Rücksicht auf deren Rechtsnatur oder Wirkung korrigieren, soweit einer solchen Abänderung nicht andere gesetzliche Vorschriften oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen.⁴⁾

d) Andererseits ist der verwaltungsinterne Rechtsschutz doch recht unvollkommen ausgebildet. Der Betroffene kann die Behörden zwar anregen, sich mit einem bestimmten Fall zu befassen; er hat aber kein Recht darauf, daß die angerufene Behörde in die Prüfung der Sache überhaupt eintritt, geschweige denn darauf, daß sie Abhilfe schafft.⁵⁾ Er ist schutzlos, wenn die Schule

1) Hans Heckel, Die Grenzen der Schulgewalt, in RdJ 1954, S. 55

2) Heckel, Schulrechtskunde, S. 334

3) Mang, Band I, S. 135; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 454

4) Zu denken ist z. B. an die Probleme im Zusammenhang mit der Widerruflichkeit von begünstigenden Verwaltungsakten.

5) Mang, Band I, aaO; Forsthoff, Verwaltungsrecht, aaO;

Es besteht noch nicht einmal Einigkeit darüber, ob der Beschwerdeführer überhaupt zu verbescheiden ist.

oder das Staatsministerium für Unterricht und Kultus es ablehnen, sich erneut mit einem bereits entschiedenen Fall zu befassen und eine Maßnahme aufzuheben, die nach Meinung des Beschwerdeführers fehlerhaft ist.

4) Wirksamer Rechtsschutz wird im Verwaltungsrecht nur durch die Verwaltungsgerichte gewährt. In der Verwaltungsgerichtbarkeit hat der Betroffene einen Anspruch darauf, daß hoheitliche Maßnahmen überprüft, und, wenn sie rechtswidrig sind und ihn in seinen Rechten verletzen, aufgehoben werden. Andererseits ist das Tätigwerden der Verwaltungsgerichte an bestimmte Voraussetzungen gebunden, deren wichtigste es ist, daß sich der Angriff des Klägers gegen einen Verwaltungsakt richtet, § 42 VwGO.

Für das Schulverhältnis stellt sich somit das Problem, ob die einzelnen Voraussetzungen gegeben sind, unter denen der umfassende Rechtsschutz der Verwaltungsgerichte gewährt werden kann. Insbesondere ergibt sich die Frage ob es im Schulverhältnis Maßnahmen gibt, die als Verwaltungsakte zu qualifizieren sind.

§ 2) Methode der Darstellung

Im ersten Kapitel soll zunächst ein Überblick über die Entwicklung des Rechtsschutzes im Schulverhältnis bis zur rechtsstaatlichen Neuordnung nach 1945 gegeben werden.

Die Darstellung der verwaltungsrechtlichen Probleme des Verwaltungsschutzes im Schulverhältnis erfolgt dann in Anlehnung an das System des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Es wird also unterschieden zwischen den Fragen im Zusammenhang mit der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Klagen gegen schulische Maßnahmen und den Fragen im Zusammenhang mit ihrer Begründetheit.

Bei der Behandlung der Zulässigkeit (Zweites Kapitel) ist auf die Prozeßvoraussetzungen oder Sachurteilsvoraussetzungen einzugehen, die bei Klagen aus dem Schulverhältnis problematisch werden können: (Vorliegen eines Verwaltungsaktes, Auswirkungen der Lehre vom Besonderen Gewaltverhältnis auf den Begriff des Verwaltungsaktes, Rechtsschutzbedürfnis.)

Bei der Prüfung der Begründetheit verwaltungsgerichtlicher Klagen aus dem Schulverhältnis (Kapitel 3 - 5) stellen sich die Fragen nach den verletzbaaren Rechten der Schulbenutzer - (Elternrecht, Recht auf Wahl der Ausbildungsstätte, Recht auf Gleichbehandlung) - bzw. nach den materiellrechtlichen Auswirkungen der Lehre vom Besonderen Gewaltverhältnis in Bezug auf die Möglichkeiten von Rechts- und Grundrechtsbeschränkungen. Zu behandeln sind in diesem Zusammenhang ferner die rechtlichen Grundlagen, auf die sich Verwaltungsakte im Schulverhältnis stützen können - (Rechtsverordnungen oder Verwaltungsverordnungen zur Regelung des Schulbetriebes, gerichtliche Handhabung von Verwaltungsverordnungen). Außerdem stellt sich die Frage, wie weit die Nachprüfung des Gerichtes in der Sache selbst gehen darf bzw. wie weit das Gericht an die Feststellungen und Beurteilungen der Schule gebunden ist (Schulisches Ermessen Beurteilungsspielraum bei Leistungsbewertungen.)

Abschließend sollen einige verfahrensrechtliche Probleme erörtert werden, die bei verwaltungsgerichtlichen Klagen aus dem Schulverhältnis von besonderer Bedeutung sind: (Rechtsbehelfsbelehrung, aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage, einstweilige Anordnungen zur vorläufigen Regelung des Schulverhältnisses, Inhalt des Urteils und Wirkungen des Urteils in Bezug auf eine Folgenbeseitigung) - (Sechstes Kapitel).

ERSTES KAPITEL

Die Entwicklung des Rechtsschutzes im Schulverhältnis bis zur Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und dem Inkrafttreten des Grundgesetzes.

§ 3) Historischer Überblick,

I.) Die Entwicklung der Schulgewalt

1.) Die Schule ist nicht seit ihrem Bestehen eine staatliche Einrichtung.¹⁾ Zuerst treten in Deutschland Schulen in Verbindung mit der Kirche auf. Diese Schulen dienen vorzugsweise der Ausbildung von Klerikern, die Ausbildungsstätten sind Dom- und Kathedralschulen oder die Klöster. Der Versuch Karls des Großen, die Volksbildung zu einer wesentlichen Aufgabe des Staates zu machen, kam nicht zur Durchführung.²⁾

Erst im 12. und 13. Jahrhundert bringt die fortschreitende Differenzierung der Kultur von der Kirche verschiedene neue Faktoren auf den Plan, die ihrerseits das Schulwesen zu beeinflussen suchen. Aus einem rein weltlich gerichteten Bildungsbedürfnis entstehen auf diese Weise vom Ende des 13. Jahrhunderts ab neben den kirchlichen Schulen die sogenannten Stadtschulen. Das lateinische Urkundenwesen setzt allenthalben einen bestimmten Bildungsstand voraus, und auch sonst bedarf die Stadt in ihrer Verwaltung der Menschen, die wenigstens die elementarsten Techniken des Lesens und Schreibens, vielleicht auch noch des Rechnens beherrschen.³⁾ Die niederdeutschen Schreibschulen, die als rein bürgerliche Institute frei von kirchlichem Einfluß sind, können als die ersten Anfänge deutscher Bürgerschulen betrachtet werden.⁴⁾

Allmählich bildet sich neben der Aufgabe der Schulen, Kenntnisse und Fertigkeiten zu verbreiten, auch schon die Aufgabe aus, die Schüler zu erziehen. Die Teilnahme am Unterricht ist jedoch in allen Fällen freiwillig. Was die Unterrichtsgegenstände betrifft, so beschränken sich die kirchlichen Schulen in der Hauptsache auf die Vermittlung von Glaubenswahrheiten, während die städtischen Schulen vorwiegend einer bestimmten Berufsvorbereitung dienen. Der Staat selbst beansprucht auf dem Gebiete des Unterrichts und der Erziehung nichts für sich.

1) Zum Folgenden insbesondere Eisenhuth. Die Entwicklung der Schulgewalt, S. 5 ff; ebenso die erschöpfende historische Übersicht bei Holstein, Elternrecht, S. 187 ff.

2) Staatslexikon, Band IV, S. 1321

3) Eisenhuth, aaO. S. 6 mit weiteren Nachweisen

4) Brockhaus, 14. Band, S. 635

2.) Mit der Reformation schaltet sich jedoch auch der Staat allmählich in das Schulwesen ein. Zunächst geschieht das nur indirekt, und zwar insofern, als in den evangelischen Staaten schließlich die Kirche dem Staat eingegliedert wird und damit auch die kirchlichen Schulen als "annexum religionis"¹⁾ in staatliche Gewalt geraten. Die Schule bleibt somit auch in der Reformationszeit eine an sich kirchliche Angelegenheit, die aber nicht mehr der Kirche selbst, sondern der christlichen Obrigkeit obliegt. Bereits in der Brandenburgischen Kirchenordnung²⁾ klingt aber erstmals ein eigenes, unmittelbares Interesse des Staates an der Schulhaltung an. Es heißt dort:

"Die weil auch zu erhaltung christlicher Religion vnd guter Pollizey auffß höchst von nöten, daß die jugent in den Schulen vnterweiset werde .." Denn unter der guten "Pollizey", zu der die Schule nun auch gehören soll, versteht die damalige Staatslehre die Sorge für ein geordnetes Zusammenleben im Innern des Staates, also eine wesensmäßig staatliche Aufgabe. Der Staat will die Jugend nun nicht mehr allein ihren Eltern überlassen, sondern selbst dafür sorgen, daß sie rechtzeitig auf die Notwendigkeit des geordneten Zusammenlebens der Menschen im Staat vorbereitet werden. So heißt es weiter in der Brandenburgischen Kirchenordnung³⁾:

"Will man aber das Christlich wesen, reformiren, erhalten vnd ein bestendig Regiment, Ordnung, vnd Gottes dienst anrichten, so mus mans mit der jugent anfahren." ... "Die Alten so in jrer meinung erwachsen vnd verhetzt, sind schier kein nütz."

Immer stärker tritt somit die Erziehungsaufgabe der Schule in den Vordergrund, die zu einem großen Teil im Interesse des Staates liegt. Das Erziehungsrecht des Staates wird nicht vom elterlichen Erziehungsrecht abgeleitet, sondern als ein primäres, unabhängig und selbständig neben dem Elternrecht stehendes Recht auf Erziehung und Unterrichtung der Jugend aufgefaßt.⁴⁾

Im Unterricht selbst stabilisiert der Staat ein besonderes Autoritätsverhältnis zwischen "Schulmeister" und Schülern. Vermahnungen und Strafen, insbesondere die körperliche Züchtigung, dienen der Erhaltung der Autorität des Lehrers. Dabei reicht die Schulgewalt auch über die Unterrichtung hinaus. Die

1) Eisenhuth, S. 7/8 mit weiteren Nachweisen. Die Bezeichnung der Schule als annexum religionis findet sich noch im Westfälischen Frieden von 1648. Staatslexikon, IV. Band, S. 1321

2) Aus der Jahre 1540. Die Bestimmungen dieser Kirchenordnung sind zitiert bei Eisenhuth, aaO.

3) C. C. M. I, I, Sp. 68; Zitat bei Eisenhuth, aaO. S. 9

4) Holstein, Elternrecht, S. 208 mit weiteren Nachweisen.

Brandenburgische Kirchenordnung¹⁾ enthält Vorschriften über die Kleidung der Schüler, über gutes Benehmen andern Menschen gegenüber, ferner Verbote des Fluches, der Unzucht, der Völlerei, des Müßigganges, der Bettellei.

Auch bei den staatlichen Schulen hängt es in der ersten Zeit jedoch allein vom Willen der Eltern ab, ob sie ihre Kinder zur Schule schicken wollen oder nicht. Erst in der Weimarer Schulordnung von 1619 wird zum ersten Mal der Grundsatz des allgemeinen Volksschulzwanges niedergelegt.²⁾ Kurz danach, nämlich 1648, führt auch der Gothaische Schulmethodus den allgemeinen Volksschulzwang ein.³⁾ Um den "höchst verderblichen Übel" der Unwissenheit abzuhelpen, folgt Brandenburg mit der Verordnung vom 28. IX. 1717⁴⁾, die an den Orten, "wo Schulen seyn", den Schulzwang einführt. Da "die Eltern ... die Jugend in große Unwissenheit ... aufwachsen lassen"⁵⁾, greift der Staat im öffentlichen Interesse selbst ein. In Bayern wird der allgemeine Schulzwang mit Mandat vom 22. 12. 1771 eingeführt.⁶⁾

3.) Die erste umfassende, grundsätzliche Regelung des gesamten Bildungswesens erfolgt in Teil II Titel 12 des Allgemeinen Landrechts von 1794. In I II 12 A LR findet sich die Deklaration eines effektiv nun schon bestehenden Zustandes: Die Schule ist "eine Veranstaltung des Staates".⁷⁾ Die Verwaltung der Schule durch Staatsbehörden unter Ausschluß der Kirchen wird zielbewußt gefördert, eine größere Planmäßigkeit des Unterrichtswesens wird angestrebt.⁸⁾ Die Aufgabe der Schule wird lediglich und vollständig durch den Staat bestimmt, die Arbeit in der Schule wird vom Staat geordnet und beaufsichtigt, ohne daß den Eltern ein Einfluß darauf zugestanden wird.⁹⁾

Andererseits beseitigt das ALR für seinen Geltungsbereich den Schulzwang im engeren Sinn einer Schulbesuchspflicht und ersetzt ihn durch den bloßen Unterrichtszwang. Es gehört nach 75 II 2 ALR zwar zur elterlichen Erziehungspflicht, daß sie ihre Kinder unterrichten lassen; den Eltern bleibt es aber freigestellt, in welcher Weise sie die Unterrichtung ihrer Kinder vornehmen lassen wollen. Erst

1) C. C. M. I, I, Sp. 310; Zitat bei Eisenhuth, aaO. S. 13

2) Staatslexikon, Band IV, S. 1322

3) Heckel, Schulrechtskunde, S. 255

4) C. C. M. I, I, Sp. 527; Zitat bei Eisenhuth, aaO. S. 13

5) aaO.

6) Mang, Band II, S. 215

7) Zum Folgenden auch die kurze historische Abhandlung bei Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 37 ff.

8) Eisenhuth, aaO, S. 16

9) Eisenhuth, aaO, S. 18

wenn sie der Pflicht zur privaten Unterrichtung der Kinder nicht nachkommen, setzt der staatliche Schulzwang ein. Der Unterrichtszwang ist also eine allgemeine, der Schulzwang dagegen nur eine subsidiäre öffentliche Pflicht. ¹⁾ In den süddeutschen Staaten bleibt es von vornherein beim System der Schulbesuchspflicht. ²⁾

Die Schule fordert weiterhin völlige Unterwerfung der Schüler unter alle Maßnahmen, die von dem Gesetzgeber im allgemeinen, vom Lehrer im besonderen zur Erreichung der Schulzwecke ausgehen. Die Schulzeit umfaßt regelmäßig acht Jahre. Jedoch ist die Entlassung aus der Schule zusätzlich noch von der Bedingung abhängig, daß das Schulziel vom Schüler im wesentlichen erreicht worden ist. Die Entlassung erfolgt erst dann, wenn ein bestimmtes Durchschnittsmaß an Kenntnissen vorhanden ist. Die Entlassung des Schülers aus der Schule kann dementsprechend entweder schon vor Ablauf der normalen Frist von acht Jahren erfolgen oder über diese Zeit hinaus geschoben werden. Die Feststellung, wie im Einzelfall zu entscheiden ist, ist ausschließlich Sache der staatlichen Schulbehörde. ³⁾

4.) Die im territorialstaatlichen Absolutismus wurzelnde Entstehung des deutschen Schulwesens hat Folgerungen, die bis in die Gegenwart reichen: Die deutsche Schule wird Staatsschule, ⁴⁾ wobei Gestalter und Herr der Schule der Territorialstaat, nicht das Reich ist. Eine größere Anzahl von höheren Schulen, die bis dahin noch in kirchlicher Hand gewesen waren, wachsen dem Staat mit der Säkularisation zu. ⁵⁾ Andere Schulträger - kommunale und private, bilden die Ausnahme; außerdem unterstehen auch diese Schulen ohnehin der aufsichtlichen Schulgewalt des Staates.

Die neuere Entwicklung umfaßt vier größere Abschnitte:

a) Im neuen Reich nach 1871 bleibt die Schule Staatsschule, aufgelockert allerdings durch ein wieder stärker aufblühendes kommunales Schulwesen und durch zahlreiche Privatschulen. ⁶⁾ Ein gemeindeutsches Schulwesen entsteht nicht, die Länder entwickeln ihr Schulwesen und ihr Schulrecht selbständig. Mittelbar erzwingt die Reichseinheit und die mit ihr zusammenhängende Freizügigkeit eine Annäherung der Länder aneinander durch Vereinbarungen, gegenseitige Anerkennungen usw.

1) Eisenhuth, aaO. S. 19

2) Mayer, Elternrecht, Schule und Kirche, in DVBl. 1955/S. 581-589, S. 584

3) Eisenhuth, aaO. S. 22

4) Im Gegensatz zu der angelsächsischen Entwicklung; Heckel, DVBl. 1951, S. 166 - 168

5) Reuter, BayVBl. 1955, S. 46

6) Heckel, Die Entwicklung des deutschen Schulrechts seit 1945, in DVBl. 1951, S. 166 - 168

b) Diese Lage ändert sich nach 1919 mit der Einführung der deutschen Reichsverfassung von Weimar (WV). Erstmals wird nun vom Reich gemeinde deutsches Schulrecht geschaffen. In Art. 10 Ziff. 2 WV spricht sich das Reich das Recht zu, Grundsätze für das Schulwesen aufzustellen. Die Art. 143 - 149 WV bringen Grundsätze und Einzelregelungen für Teilgebiete des Schulrechts, insbesondere in Art. 145 die reichsrechtliche Feststellung der allgemeinen Schulpflicht. Hinzu kommen bis 1933 einige Schulgesetze, die für das ganze Reichsgebiet einheitlich gelten. ¹⁾ Eine einheitliche Regelung des gesamten Schulwesens ist jedoch trotz der Entwürfe für ein Reichsschulgesetz von 1921/25 und 1927 nicht gelungen. ²⁾ Die Schulhoheit der Länder wird im übrigen nicht angetastet.

c) Die zentralistischen Tendenzen des Dritten Reiches führen dazu, daß erst- erstmals eine Reichsschulverwaltung entsteht. Das am 1. 5. 1934 geschaffene Reichserziehungsministerium übt in den Ländern allerdings keine unmittelbare Reichsverwaltung aus. Das reichseinheitliche Schulrecht wird jedoch weiter ausgestaltet. ³⁾

d) Nach 1945 wird die Kulturhoheit der Länder, wie sie vor 1919 bestanden hatte, wieder voll hergestellt. Das Grundgesetz von 1949 setzt lediglich in Art. 7 GG gemeinde deutsches Schulrecht. Die in der Weimarer Verfassung für das Reich eingeräumte Möglichkeit, Grundsätze für das Schulwesen aufzustellen, ist im Bonner Grundgesetz nicht vorgesehen. Auch die Schulverwaltung ist wieder ausschließlich Sache der Länder. Die Gefahr einer allzu großen Auseinanderentwicklung des Schulwesens in den verschiedenen Ländern der Bundesrepublik besteht jedoch nicht. Die Konferenz der Kultusminister der Länder ist zu einer ständigen Einrichtung geworden, und auch der Deutsche Städtetag beschäftigt sich immer wieder mit deutscher Schulpolitik. ⁴⁾ Die Schulrechtsprobleme sind, wie die Rechtsprechung fast aller westdeutschen Länder gezeigt hat, im wesentlichen die gleichen. Einzelfragen werden im Folgenden jedoch vorwiegend an Hand des bayerischen Schulrechts behandelt.

1) Z. B. das Grundschulgesetz vom 28. 4. 1920, RGBL. I, S. 851

Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 1921, RGBL. I, S. 939

2) Stein, Probleme des Schulrechts nach dem Grundgesetz, in NJW 1950, S. 658 - 661

3) Hervorzuheben ist besonders die Schaffung des Reichsschulpflichtgesetzes vom 6. 7. 1938, RGBL. I, S. 799; Heckel, DVBl. 1951, S. 166 - 168

4) Heckel, DVBl. 1951, S. 166 - 168

II!) Entwicklung des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Schulgewalt. ¹⁾

1.) Vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Rechtsschutz in der Weise, daß Schüler oder Eltern ein Recht auf Aufhebung bestimmter schulischer Maßnahmen eingeräumt worden wäre, hat es in der Vergangenheit nie gegeben. Lediglich ein mittelbarer Rechtsschutz stand den Schulbenutzern, in mehr oder weniger ausgeprägter Form zur Seite.

a) Vor dem Allgemeinen Landrecht gebietet die Brandenburgische Kirchenordnung, daß die Schüler "... ihre praeceptores fürchten, ehren, groß vnd werth halten, vnd alles guts von ihnen reden. ihre vermahnung und straffe gerne dulden..." sollen. ²⁾ Mittelbar werden die Schüler gegen willkürliche Erziehungsmaßnahmen dadurch geschützt, daß den Lehrern von der Obrigkeit eingeschärft wird, die Strafen zur Aufrechterhaltung der Schulordnung, insbesondere die Strafe der körperlichen Züchtigung, mit Maß zu gebrauchen. Die Schulbenutzer haben jedoch keine Möglichkeit, ein entsprechendes Verhalten der Lehrer im Einzelfall zu erzwingen.

b) Das Allgemeine Landrecht setzt eine Reihe von schulischen Befugnissen fest, die den Schulbenutzern oft empfindlich beeinträchtigen können. Die Androhung von Strafen gegen Eltern und Schüler zielt auf die Erfüllung des Schulzwanges bzw. auf Duldung der Schulgewalt. ³⁾ Gegen Schüler, die sich der Schulpflicht entziehen, kommt der Verwaltungszwang zur Anwendung. ⁴⁾ Vorhaltungen und Verweise der Lehrer gegen die Schüler sind kraft gesetzlicher Bestimmung nicht als Beleidigungen anzusehen ⁵⁾, dasselbe gilt für Züchtigungen derjenigen, die das Züchtigungsrecht ausüben, sofern ihnen dieses Recht beigelegt ist. Handlungen, die an sich Delikte darstellen, gelten also nicht als solche, wenn sie als Erziehungsmaßnahmen in einem vom Staat rechtlich normierten Erziehungsverhältnis vorgenommen werden. ⁶⁾

Auf der anderen Seite wird durch das Allgemeine Landrecht wiederum nur der mittelbare Rechtsschutz gegen schulische Maßnahmen etwas gestärkt. Das geschieht zunächst durch die Tatsache selbst, daß der Staat gerade mit dem

1) Außer Betracht soll bei diesem historischen Überblick die schon frühzeitig auftretende Möglichkeit bleiben, den Staat als Fiskus vor den Gerichten zu belangen, wenn Vermögensrechte der Untertanen betroffen sind. Über die praktisch nur geringe Bedeutung der Amtshaftungsklagen in Schulsachen siehe oben S. 13 - 17.

2) C. C. M. I, I, Sp. 308, 460; Zitat bei Eisenhuth, aaO. S. 12

3) § 48 II 12 ALR;

4) § 48 II 12 ALR

5) §§ 557, 558 II 20 ALR

6) Eisenhuth, aaO. S. 21

Allgemeinen Landrecht seine Tätigkeit rechtlich geordnet und damit berechenbar gemacht hat. Der Staat, der sich auf diese Weise selbst Grenzen zieht, ist nicht mehr absoluter Willkürstaat.¹⁾ Zusätzlich gibt es - allerdings nur bei Maßnahmen der Schulzucht - weitere Möglichkeiten mittelbaren Rechtsschutzes: Überschreitet der Lehrer sein - nach dem Gesetz nur "mäßiges" Züchtigungsrecht,²⁾ dann können die Eltern des betroffenen Schülers die allgemeine Aufsichtsbeschwerde erheben,³⁾ die allerdings innerhalb des Verwaltungsapparates selbst ihre Erledigung findet. Ferner sind bei Amtsvergehen Disziplinarmaßnahmen des Staates gegen die Lehrer gegeben,⁴⁾ bei schweren Vergehen in Ausübung der Schulzucht erfolgt sogar strafrechtliche Ahndung.⁵⁾ Die Aufhebung oder Rückgängigmachung von beeinträchtigenden Schulmaßnahmen ist aber auch im Wege dieses mittelbaren Rechtsschutzes nicht vorgesehen. Gegen die Feststellung z. B., daß bei einem Schüler wegen seiner mangelhaften Kenntnisse die Schulpflicht über die Zeit von acht Jahren hinaus zu verlängern sei,⁶⁾ gibt es kein Rechtsmittel. Dem Staatsbürger bleibt nur die Hoffnung, daß die Schule von sich aus dafür sorgt, daß nur rechtmäßige und zweckmäßige Anordnungen getroffen werden.

2.) Nach Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bis 1945.

a) Die rechtsstaatlichen Ideen, die sich nach der französischen Revolution in Europa ausbreiten, schärfen das Mißtrauen des liberalen Bürgertums gegen eine fürstliche Verwaltung, die von keiner Instanz kontrolliert, immer wieder versucht, in die "staatsfreie" Sphäre der Gesellschaft einzudringen.⁷⁾ Die Forderung nach Gewaltentrennung findet ihren Niederschlag in § 182, I der Paulskirchen-Verfassung vom 28. März 1849:

"Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte."

Es besteht Einigkeit darüber, daß es der Verwaltung nicht mehr allein überlassen bleiben dürfe, ihr eigenes Handeln zu kontrollieren, sondern daß diese Kontrolle durch unabhängige Richter vorzunehmen sei. Eine Streitfrage von sekundärer Bedeutung ist es demgegenüber, ob diese richterliche Kontrolle

1) Eisenhuth, aaO. S. 22

2) § 50 II 12 ALR eine Leitregel für die Ausübung des Züchtigungsrechtes findet sich in § 22 des Brandenburgischen General-Landschul-Reglements vom 12. VIII 1763 (Zitat bei Eisenhuth aaO S. 22). Diese Bestimmung erlaubt eine Zuchthaus nur in der Weise, daß die Kinder wegen schädlicher Lindigkeit nicht verzärtelt noch durch übermäßige Strenge scheu gemacht werden."

3) § 559 II 20 ALR 4) §§ 27, 28 II 12 mit §§ 531 ff II 11 ALR

5) §§ 1031, 1032, 1074 II 20 ALR. 6) Siehe oben S. 26

7) Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 721

von den bereits bestehenden ordentlichen Gerichten ¹⁾ oder von eigens zu schaffenden besonderen Verwaltungsgerichten ausgeübt werden soll. Der zweiten Lösung wird schließlich der Vorzug gegeben. ²⁾ Die damals in Theorie und Praxis schärfer werdende Profilierung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht unterstützt die Forderung nach besonderen Verwaltungsgerichten, die mit der Materie des öffentlichen Rechts besonders vertraut sind. ³⁾

In rascher Folge werden nun in den deutschen Ländern Verwaltungsgerichte eingeführt. Den Anfang macht Baden, das mit Gesetz vom 5. Oktober 1863 ein eigenes Verwaltungsgericht schafft. Am 1. 10. 1879 tritt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof ins Leben, nachdem das am 8. 8. 1878 vom König und der Staatsregierung unterzeichnete Gesetz über die Errichtung eines VGH und über das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen in Kraft getreten ist. ⁴⁾ In Preußen werden mit der Kreisordnung vom 13. 12. 1872 die Kreis-ausschüsse als Verwaltungsgerichte eingerichtet. Am 3. 7. 1875 (GS S. 375) tritt das Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungstretverfahren in Kraft, auf Grund dessen das Oberverwaltungsgericht geschaffen wird.

Das Deutsche Reich von 1871 baut keine einheitlichen Verwaltungsrechtsschutz aus. Es entstehen lediglich eine Anzahl besonderer Behörden mit verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten. z. B. das Reichspatentamt gemäß §§ 13 ff des Gesetzes vom 25. Mai 1877 (RGBl. S. 501). ⁵⁾

Die Weimarer Reichsverfassung vom 14. 8. 1919 sieht zwar in Art. 107 die Errichtung eines einheitlichen Reichsverwaltungsgerichtes vor, ohne daß es jedoch in der Weimarer Republik zu einer Gründung dieses Gerichtes kommt. Die Zahl der Sonderbehörden mit verwaltungsgerichtlichen Aufgaben nimmt jedoch weiter zu. ⁶⁾ Ein Teil dieser Spruchbehörden wird durch Erlaß vom 3. April 1941, RGBl. I. S. 201 zusammen mit dem preußischen Oberverwaltungsgericht am 1. Mai 1941 im Reichsverwaltungsgericht vereinigt. Das Reichsverwaltungsgericht geht mit dem Zusammenbruch von 1945 unter.

b) Für das Gebiet des Schulrechts bleibt der Rechtsschutz, der durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern geschaffen

1) Sogenannte justizstaatliche Theorie; ihr Hauptvertreter ist Otto Bähr: Der Rechtsstaat, 1864

2) Ihr wichtigster Vertreter ist Rudolf von Gneist: Verwaltung, Justiz und Rechtsweg 1869 Die preußische Kreisordnung, 1870 Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1872 (2. Auflage 1899).

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 447

4) Zur Vorgeschichte des Bayerischen VGH Mang, Band I, S. 139

5) Eine ausführliche Zusammenstellung bei Forsthoff, aaO. S. 449

6) Forsthoff, aaO. S. 450

worden ist, vor 1945 ohne Bedeutung. Die Zuständigkeit ist nämlich vor 1945 im allgemeinen nicht durch eine generelle Formel (Generalklausel) bestimmt, sondern sie reicht nur soweit, als Angelegenheiten des öffentlichen Rechts kraft ausdrücklicher gesetzlicher Aufzählung den Verwaltungsgerichten zur Entscheidung zugewiesen sind, (Enumerationsprinzip).¹⁾ Die Entscheidung über schulische Maßnahmen ist nirgends den Verwaltungsgerichten ausdrücklich zugewiesen. In den Ländern, die der Enumerationsmethode folgen - (so insbesondere Bayern, Hessen, Oldenburg und Preußen) gibt es zwar "beschränkte Generalklauseln" für Sondergebiete, so. z. B. in Preußen für alle Klagen gegen polizeiliche Verfügungen.²⁾

Maßnahmen der Schulgewalt werden aber auch dadurch in keinem Fall betroffen.³⁾

In einigen deutschen Ländern gibt es allerdings auch vor 1945 schon verwaltungsgerichtliche Generalklauseln,⁴⁾ die freilich von mehr oder minder bedeutsamen Ausnahmen durchbrochen sind.⁵⁾ Aber auch in diesen Ländern kommt es nicht zu verwaltungsgerichtlichen "Schulrechtsfällen".⁶⁾

Der einzige Verwaltungsschutz besteht somit nach wie vor darin, daß eine Schulentscheidung im Wege der formlosen Aufsichtsbeschwerde der übergeordneten Behörde zur Überprüfung vorgelegt werden kann. Es bleibt im Belieben der Schulbehörden, ob sie sich mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers befassen wollen, ob sie ihn überhaupt verbescheiden, und erst recht natürlich, ob sie die angegriffene Maßnahme abändern oder aufheben.⁷⁾ Wohl weist Jellinek schon bei der Leipziger Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer darauf hin, wie segensreich die verwaltungsgerichtliche Generalklausel gerade im Schulrecht z. B. bei Fällen sein

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 449

2) Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung ..., S. 11

3) Da die Rechtsprechung des preußischen OVG einen rechtsstaatlichen Polizeibegriff herausgearbeitet hat, der die Polizei lediglich auf die Gefahrenabwehr beschränkt, wird die Unterrichtsverwaltung nicht mehr wie früher zur polizeilichen Verwaltung gerechnet, sondern stellt ein eigenes Verwaltungsgebiet dar. Vom Rechtsschutz her gesehen erweist sich diese Trennung als gewisser Nachteil, da die polizeirechtliche Generalklausel in Preußen das Schulrecht nicht mehr mit umfassen kann. Dazu Eisenhuth, aaO. S. 33/34

4) In Württemberg seit 1876, in Lübeck seit 1916, in Thüringen seit 1926, in Hamburg seit 1921, in Bremen seit 1924

5) Bachof, Die Klage auf Vornahme ..., S. 11

6) Werner, Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl. 1957, S. 221 - 227 / S. 223

7) Reuter, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl. 1956, S. 227-230 und 262 - 264/S. 227.

könne, in denen Schüler - nach ihrer Meinung zu Unrecht - nicht in eine von ihnen erstrebte höhere Schule aufgenommen würden.¹⁾ Aber weder Jellinek noch Moß²⁾ haben bei ihrer Forderung nach verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz in Schulsachen Anhänger gefunden.

Noch 1931 faßt Eisenhuth die Rechtssituation bei Ausgang der Weimarer Republik wie folgt zusammen:³⁾

"So ist durch die Rechtsprechung der Schulgewalt strafrechtlich die Grenze gezogen. Sie ist soweit gehalten, daß innerhalb dieser Grenzen die Aufgabe der Schule ohne jede Schwierigkeit erfüllt werden kann. Die Notwendigkeit, die für die Erreichung der Schulzwecke im staatlichen Interesse besteht, bildet auch für die Rechtsprechung den obersten Gesichtspunkt ihrer Entscheidungen. Die Mittel, welche zur Erreichung der Schulzwecke erforderlich sind, müssen dem Lehrer unbedingt zur Verfügung stehen, wenn der vom Staat erwartete Erfolg der Bildungsarbeit erreicht werden soll. Hinter der Notwendigkeit, die nationale Bildung der jungen Staatsbürger denkbar weit zu fördern, müssen rechtsstaatliche Erwägungen weithin zurücktreten. Daher sind auch sonstige Rechtsmittel gegen Maßnahmen der Schule nicht gegeben. Beschwerden bleiben innerhalb des Schulverwaltungsapparates und finden dort die im Interesse der Bildungsarbeit der Schule nötige Erledigung. Die Forderung nach rechtsstaatlichen Garantien wird auf dem Gebiete der Schule in Bezug auf deren innere Tätigkeit nicht erfüllt werden können. Denn das Schulrecht dient nicht der Abgrenzung der staatlichen von der individuellen Sphäre, sondern es ist gestaltet aus der Notwendigkeit heraus, die Erfüllung der im staatlichen Interesse liegenden Aufgaben der Schule zu ermöglichen."

1) VVDStL Heft 2, 1925, S. 59

2) Schulgewalt und Elternrecht in Preußen, 1930, S. 169

3) aaO. S. 103. Die Sperrungen sind im Text nicht enthalten.

§ 4) Schulrechtsprobleme nach 1945

I. Die Bedeutung möglichst allgemeingültiger verwaltungsrechtlicher Begriffe nach Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel

1.) Nach dem Zusammenbruch von 1945 beginnen die westdeutschen Länder mit dem Wiederaufbau einer rechtsstaatlichen Ordnung. Durch die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit hat sich das Mißtrauen gegen den "Leviathan" Staat ¹⁾ so sehr verstärkt, daß insbesondere auf einen Ausbau der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen hoheitliche Maßnahmen der öffentlichen Gewalt der höchste Wert gelegt wird. Alle westdeutschen Länder führen auf dem Gebiet der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine umfassende Zuständigkeitsgeneralklausel ein. ²⁾

Für Bayern bestimmt § 35 des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (VGG) vom 25. September 1946 ³⁾:

"(1) Die Anfechtungsklage ist gegeben, wenn jemand behauptet, durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein.

(2) Sie ist auch gegen die Unterlassung einer beantragten Amtshandlung zulässig, auf deren Vornahme der Antragsteller ein Recht zu haben behauptet ..."

Auch als am 1. April 1960 die Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder durch die bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung abgelöst werden (BGBl. I S. 17), bleibt die Generalklausel erhalten. Der nunmehr maßgebliche § 42 VwGO lautet:

"(1) Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes (Verpflichtungsklage) begehrt werden.

(2) Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung in seinen Rechten verletzt zu sein."

2.) Mit der völligen Abkehr vom Enumerationsprinzip gewinnen für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz die allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Begriffe an Bedeutung. Wenn Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen nicht mehr bei ganz bestimmten, unverwechselbaren Maßnahmen auf dem oder jenem speziellen Tätigkeitsbereich öffentlicher Verwaltung, sondern allgemein

1) Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 721

2) Vgl. die Zusammenstellung der verwaltungsgerichtlichen Generalklauseln in den Ländern der Bundesrepublik bei Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen, in BayVBl. 57, S. 44

3) BayBS I S. 147

beim Vorliegen von "Verwaltungsakten" zulässig sind, dann ist es für den Rechtsschutzsuchenden eine der vordringlichsten Fragen, ob die öffentliche Maßnahme, die er angreift, bzw. die er herbeiführen will, ein Verwaltungsakt ist. Gegenüber dem Besonderen Teil des Verwaltungsrechtes, der die Spezialbestimmungen für die verschiedenen Verwaltungszweige umfaßt, gewinnt damit der Allgemeine Teil des Verwaltungsrechtes, der die für alle Verwaltungszweige gleichermaßen geltenden Begriffe zusammenfaßt, zunehmend an Bedeutung. Insbesondere der Begriff des Verwaltungsaktes tritt nun aus seinem "mehr oder minder akademischen Leben" heraus.¹⁾ Aber auch die andern Begriffe des verwaltungsrechtlichen Verfahrens - (verletzte Rechte; Ermessensspielraum; Ermessensmißbrauch u. a.) - müssen in möglichst allgemeingültiger Form für alle Verwaltungszweige anwendbar sein.

II. Das Problem der Zuordnung schulrechtlicher Tatbestände zu den allgemeinen Begriffen des Verwaltungsrechtes.

1) Das Schulrecht und die Schulrechtswissenschaft ist auf diese neue Situation, die mit dem Ausbau des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes entstanden ist, nicht vorbereitet. Bisher hatte es sich entwickeln können, ohne Kontakt zur allgemeinen Verwaltungsrechtswissenschaft und ihrer Begriffsbildung zu behalten. Die staatliche Schule hatte, "ohne nach rechts und links blicken"²⁾ zu müssen, ihren pädagogischen Auftrag "in der Geborgenheit der Anstaltsordnung in würdiger und unbestrittener Immunität" vollzogen.³⁾ Dabei verschwand das Schulrecht immer mehr aus dem Blickfeld des Rechtswissenschaftlers, übrigens auch des Richters. Das Schulrecht formte seine eigenen Rechtsbegriffe aus, wie den der Schulaufsicht, der mit dem sonst im Recht üblichen Aufsichts-begriff nicht viel mehr als den Namen gemeinsam hat. Es erwarb und entfaltete eine große Erfahrungspraxis, aber es kam dabei der Rechtswissenschaft abhanden.⁴⁾ Für die Gewinnung der Grundlagen und Grundbegriffe des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechtes ist das Schulrecht - im Gegensatz etwa zum Polizei- oder Gewerberecht - nie nutzbar gemacht worden.^{5) 6)}

1) Bachof, Laforet-Festschrift S. 285, zitiert bei Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen, aaO

2) Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 36

3) Reuter, BayVBl. 1955/S. 149/150 und BayVBl. 1956 / S. 227

4) Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 35

5) Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 36

6) Auch andere Autoren weisen immer wieder daraufhin, daß die juristische Durchdringung des Schulwesens im Vergleich zu andern Institutionen im Rückstand geblieben sei; z. B.: Fleig, Das Elternrecht im Bonner GG, S. 6; Peters, DVBl. 1956, S. 529 ff. 533; Mörtel, BayVBl. 1958, S. 263-267, 263

2) Durch diese Isolierung des Schulrechts innerhalb des öffentlichen Rechtes entstehen gerade für das Schulwesen nach 1945 Schwierigkeiten bei der Zuordnung der schulrechtlichen Tatbestände zu den allgemeinen Begriffen des Verwaltungsrechtes. Das Schulwesen - übrigens auch das staatliche Prüfungswesen - ist bisher so sehr unter pädagogischem und so wenig unter verwaltungsrechtswissenschaftlichem Blickwinkel betrachtet worden, daß es fast einer Sensation gleichkommt, als staatliche Schul- und Prüfungsentscheidungen erstmals dem allgemeinen Begriff des Verwaltungsakts zugeordnet werden. Noch 1953 nimmt Schneider ¹⁾ mit ziemlich scharfer Ironie zu einem Urteil des LVG Rheinland - Pfalz ²⁾ Stellung, das eine staatliche Prüfungsentscheidung als rechtsgestaltenden Verwaltungsakt behandelt hatte. Bisher seien nur durchgefallene Juristen auf den Einfall gekommen, die verwaltungsgerichtliche Generalklausel für ihre Zwecke "auszubeuten". Jedenfalls seien nun "reizvolle Perspektiven" eröffnet, und es bestünden "schöne Ausichten" für eine "Superprüfungspraxis".

Reuter ³⁾ bezeichnet ein Urteil des BVerwG⁴⁾, in dem die Verweisung eines Schülers von der Schule als Verwaltungsakt behandelt worden war, als "epochale Entscheidung". Die Schule müsse nun das "Kampffeld räumen" und sich der "stärkeren Macht beugen". Die Verwaltungsrechtsprechung habe sich des - im Grunde justizfremden - innerschulischen Bereiches "bemächtigt".

In einem anderem Zusammenhang spricht Lerche⁵⁾ von der "Hexenküche", in welche die Rechtsprechung in Schulsachen bei der Behandlung der Rechtsaktsproblematik geraten sei.

Die Zuordnung des Schulrechts zu den allgemeinen Begriffen des Verwaltungsrechtes kommt so überraschend, daß sich sogar wieder Stimmen erheben, die gerade im Hinblick auf die "Schulrechtsfälle" die Abschaffung der Generalklausel und die Wiedereinführung des Enumerationsprinzips fordern. ⁶⁾

3.) Wenn auch die Schulrechtsfälle zunächst in den Vordergrund der Diskussion gestellt werden, so zeigt sich schon bald, daß die Zahl der Verwaltungsstreitigkeiten in Schulangelegenheiten absolut wie auch im Vergleich zu anderen Lebens- und Rechtsgebieten gering ist. ⁷⁾ Die spontane, oft wohl

1) DVBl. 1953, S. 82/83

2) Urteil vom 22. 4. 1952 - 2 C 2/52 - in DVBl. 1953, S. 78 - 81

3) BayVBl. 1955, S. 149/150

4) Urteil des II. Senats vom 10. Dez. 1954, BVerwG II C 31.54, in BVerwGE Band 1, S. 263

5) Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 54, S. 626 - 632

6) Werner, Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1957, S. 221-227

7) Heckel, Schulrechtskunde, S. 335

nur gefühlsmäßige Kritik wird denn auch bald von einer intensiven wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Schulrechtsfragen abgelöst. Für den Rechtsschutz im Schulverhältnis sind an Hand von Einzelfällen insbesondere von den Verwaltungsgerichten Richtlinien aufgestellt worden. Wie ganz allgemein im Verwaltungsrecht, so entwickelt sich die verwaltungsrichterliche Tätigkeit auch auf dem Gebiete des Schulrechts zu einer Ordnungsinstanz, die über die Entscheidung des Einzelfalles hinaus dort die Richtung weist, wo eine substantiierte Normensetzung fehlt. ¹⁾ Durch "typologische", nicht nur "pathologische" Streitentscheidung ²⁾ klären die Verwaltungsgerichte die rechtlichen Grenzen, innerhalb deren sich die Schulgewalt entfalten kann. ³⁾ Den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte folgen Anmerkungen und Abhandlungen von Rechtswissenschaftlern, die sich mit Einzelfragen des Schulrechts befassen. Allmählich wird auf diese Weise "an das ängstlich gehütete Reservatgebiet des Schulrechts" ⁴⁾ das juristische Begriffsschema des allgemeinen Verwaltungsrechts herangetragen. ⁵⁾

Im Folgenden soll dargestellt werden, welche Folgerungen sich aus der Zuordnung des Schulrechts zu den allgemeinen Begriffen des Verwaltungsrechts für den Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte im Schulverhältnis in den einzelnen Stadien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ergeben.

1) Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 731

2) Menger, aaO. In ähnlichem Sinn Werner, JZ 1954, S. 559

3) Diese Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung hebt das BVerwG im zitierten Urteil vom 10. Dez 1954, BVerwGE Band 1, S. 263, hervor.

4) Menger, aaO. S. 740/741

5) Fleig, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, S. 6

ZWEITES KAPITEL

Die Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen im Schulverhältnis.

Bei jeder Untersuchung über Rechtsschutzprobleme ist die Frage nach dem Umfang des Rechtsschutzes streng von der Frage nach der Intensität des Rechtsschutzes zu unterscheiden.¹⁾ Die erste Frage ist rein formeller Natur. Hier werden nur die Grenzen abgesteckt, innerhalb deren irgendwelche Maßnahmen überhaupt den Gerichten zur Überprüfung vorgelegt werden können. Erst die zweite Frage hat es dann damit zu tun, wie die gerichtliche Nachprüfung in der Sache selbst vor sich geht. Mit anderen Worten heißt das: Die erste Frage befaßt sich mit der Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Klagen, die zweite Frage mit ihrer Begründetheit. Erst wenn feststeht, daß die Klage gegen eine bestimmte Maßnahme der öffentlichen Gewalt zulässig ist, kann weiter geprüft werden, welche Nachprüfungen der Richter anstellen muß bzw. darf, um die Frage nach der Begründetheit dieser Klage zu beantworten.

So stellt sich auch im Schulverhältnis zuerst die Frage, wann eine verwaltungsgerichtliche Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage überhaupt zulässig ist. Die Antwort darauf ist zu finden, indem man feststellt, ob und in welchen Fällen bei Klagen gegen schulische Maßnahmen die Prozeßvoraussetzungen vorliegen, die für das verwaltungsgerichtliche Verfahren vorgeschrieben sind, damit das Gericht in eine Sachprüfung eintreten kann. In diesem Zusammenhang sind für das Schulverhältnis insbesondere zwei Fragen von Bedeutung:

- 1.) Wann liegt die Prozeßvoraussetzung "Verwaltungsakt" vor?
- 2.) Wann liegt die Prozeßvoraussetzung "Rechtsschutzbedürfnis" vor?

1) Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit,

Das Vorliegen eines Verwaltungsaktes als Prozeßvoraussetzung

Gemäß § 42, Abs. I VwGO kann durch die Anfechtungsklage die Aufhebung eines Verwaltungsaktes und durch die Verpflichtungsklage die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt werden. In ähnlicher Weise hatten schon die Verwaltungsgerichtsgesetze der westdeutschen Länder nach 1945 die Möglichkeit von Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen davon abhängig gemacht, daß mit diesen Klagen "Verwaltungsakte" angegriffen bzw. begehrt würden.¹⁾

Es ist unstreitig, daß das tatsächliche Vorliegen eines Verwaltungsaktes die Bedeutung einer Prozeßvoraussetzung für Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen hat. Es genügt nicht, daß der Kläger behauptet, seine Klage richte sich gegen den Erlaß oder die Ablehnung eines Verwaltungsaktes. Die Maßnahme, die der Kläger angreift bzw. die er herbeizuführen sucht, muß sich - wenn die Klage zulässig sein soll - objektiv als ein Verwaltungsakt im Sinne des Gesetzes darstellen.²⁾

Damit stellt sich für das Schulverhältnis die Frage, welche Maßnahmen der Schulgewalt als Verwaltungsakte anzusehen sind, die mit der Anfechtungsklage angegriffen bzw. mit der Verpflichtungsklage herbeigeführt werden können. Aus dieser Frage ergibt sich der Aufbau der folgenden §§ 5 - 7: Zunächst ist der Begriff des Verwaltungsaktes allgemein festzulegen (§ 5). Sodann ist zu prüfen, ob sich für den allgemeinen Begriff des Verwaltungsaktes Abweichungen in Bezug auf die Maßnahmen ergeben, die in einem sogenannten "Besonderen Gewaltverhältnis" ergehen (§ 6).

Anschließend sind die Schlußfolgerungen zu ziehen, die sich aus der Festlegung des Begriffes "Verwaltungsakt" unter Berücksichtigung der Lehren für die "Besonderen Gewaltverhältnisse" für die Verwaltungsakts-Eigenschaft schulischer Maßnahmen ergeben (§ 7).

1) Siehe die Zusammenstellung bei Stern, BayVBl. 1957, S. 44

2) Stern, aaO. S. 45; Widtmann, BayVBl. 1956 / S. 305;

Für den gegenwärtigen Rechtszustand besonders:

Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. III, 4, a, S. 107 mit weiteren Nachweisen;

Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42, Anm. B2, S. 141 mit weiteren Nachweisen.

§ 5) Der Begriff des Verwaltungsakts

I. Die einzelnen Begriffsmerkmale

Die öffentliche Verwaltung kann sich in verschiedene Erscheinungsformen betätigen. Sie kann sich der Formen des Privatrechts bedienen - (z. B. beim Ankauf eines Grundstücks für einen Schulbau) -, sie kann als schlichte Hoheitsverwaltung betrieben werden - (z. B. bei der unverbindlichen Aufforderung, die Bürger möchten doch an einem bestimmten Tag ihre Häuser beflaggen) -, oder sie kann den Staatsbürgern mit hoheitlichen, durch Gewalt durchsetzbaren Befehlen gegenüberreten - (z. B. bei der polizeilichen Anordnung, ein bestimmtes baufälliges Haus zu räumen bzw. abzureißen) -. Nur diese letztere Erscheinungsform öffentlicher Verwaltung, nämlich ihr hoheitliches, von Befehl und Zwang beherrschtes Auftreten, ist sedes materiae der Verwaltungsakte. So wie das Gesetz die typische Hoheitsäußerung der gesetzgebenden Gewalt und wie das Urteil die typische Hoheitsäußerung der rechtsprechenden Gewalt ist, stellt der Verwaltungsakt die typische Hoheitsäußerung der vollziehenden Gewalt dar. Daraus ergeben sich die einzelnen Begriffsmerkmale, die in ähnlicher Formulierung in den meisten Definitionen des Verwaltungsaktsbegriffs herausgestellt werden.

1.) Die erste Definition findet sich bei Otto Mayer, dem "Altmeister des deutschen Verwaltungsrechts".¹⁾ Er kennzeichnet den Verwaltungsakt als einen der Verwaltung zugehörigen, obrigkeitlichen Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll.²⁾ Walter Jellinek ersetzt den - zu sehr dem Begriff des Urteils angenäherten - "Ausspruch" in der Mayer'schen Definition durch den umfassenderen Begriff der Willensäußerung. Er definiert³⁾: "Ein Verwaltungsakt ist die einer bestimmten Person gegenüber vorgenommene obrigkeitliche Willensäußerung innerhalb der Verwaltung". Fleiner⁴⁾ bezeichnet als Verwaltungsakt eine mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene, auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Handlung einer Verwaltungsbehörde.⁵⁾

Die Begriffsmerkmale der Verwaltungsaktsdefinitionen bleiben im wesentlichen auch dann die gleichen, als nach Einführung der verwaltungsgericht-

1) Ule, Die Lehre vom Verwaltungsakt, S. 265

2) Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, S. 93

3) Verwaltungsrecht, S. 246

4) Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes, S. 183

5) Weitere Hinweise auf die VA - Definitionen vor 1945 bei Bachof, Die Klage auf Vornahme ..., S. 21, Fußnote 8

lichen Generalklausel dieser Begriff weittragende praktische Bedeutung gewinnt.

So versteht Nebinger ¹⁾ unter dem Begriff des Verwaltungsaktes die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung der öffentlichen Gewalt zur Ordnung bestimmter Verhältnisse im Verwaltungsweg für den Einzelfall erlassenen Verfügungen und Entscheidungen.

Peters ²⁾ bezeichnet den Verwaltungsakt als hoheitliche Willensäußerung im Gebiete der öffentlichen Verwaltung, die einen konkreten Einzelfall betrifft.

Forsthoff ³⁾ rechnet zu den Verwaltungsakten alle einseitigen, hoheitlichen Akte der Verwaltungsbehörden, von welchen eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht, mit Ausnahme der Rechtsetzung und der Rechtsprechung.

Obermayer ⁴⁾ definiert den Verwaltungsakt als eine Handlung, die - außerhalb von Gerichtsbarkeit und Rechtssetzung - von einer Verwaltungsbehörde bei Betätigung hoheitlicher Verwaltung erlassen ist und unmittelbar rechtserhebliche Wirkung gegenüber einem zumindest bestimmbar Personenkreis hat.

Eine Legaldefinition des Verwaltungsbegriffs fand sich bisher nur ⁵⁾ im § 25 der Militärregierungs-Verordnung Nr. 165 für die Britische Besatzungszone und in den gleichlautenden §§ 23, Abs. I Berl. VGG und 20 Abs. I VGG Saarland. Sie bestimmte den Verwaltungsakt als "jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird."

2) In mehr oder weniger ausführlicher Formulierung werden also in der Hauptsache folgende Begriffsmerkmale herausgestellt:

Eine Handlung ist Verwaltungsakt, wenn sie

- a) von einer Verwaltungsbehörde erlassen wird,
- b) in Betätigung hoheitlicher Gewalt ergeht,
- c) einen Einzelfall regelt, d. h. unmittelbar rechtliche Wirkung entfaltet
- d) einen Einzelfall regelt, d. h. an eine ganz bestimmte Person oder wenigstens an einen genau bestimmbar Personenkreis gerichtet ist.

1) Verwaltungsrecht, S. 197

2) Lehrbuch der Verwaltung, S. 151

3) Verwaltungsrecht, S. 183

4) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 83

5) wenn man von dem Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg aus dem Jahre 1931 absieht. Dort war folgender Art. 61, S. 1 als Legaldefinition des VA s geplant: "Verwaltungsakte sind die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung der öffentlichen Gewalt zur Ordnung bestimmter Verhältnisse im Einzelfall erlassenen Verfügungen und Entscheidungen." (zitiert bei Ule, Die Lehre vom Verwaltungsakt, S. 262)

II. Die Bedeutung des Art. 19 Abs. IV GG für die Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes

Der Begriff des Verwaltungsaktes wird in seiner näheren Ausprägung durch den Zweck bestimmt, den er im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Systems erfüllen soll.¹⁾ Da er gesetzlich nicht festgelegt ist, kann er Inhalt und Umfang je nachdem wandeln, welchen Zweck er in einer ganz bestimmten rechtsgeschichtlichen Situation erfüllen muß. Und selbst wenn die einzelnen Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes gesetzlich oder - wie im deutschen Verwaltungsrecht - durch die Rechtswissenschaft festgelegt sind, so können auch diese Begriffsmerkmale ihrerseits in Inhalt und Umfang der Wandlung unterliegen. Die Auslegung des Verwaltungsaktsbegriffs hat sich in jedem Fall seiner Anwendung an einem ganz bestimmten Zweck zu orientieren. Dieser Zweck liegt nach den Grundsätzen, von denen das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsordnung beherrscht sind, in einer möglichst umfassenden Rechtsschutzgewährung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.²⁾

1.) Art. 19 Abs. IV des Grundgesetzes bestimmt:

"Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben."

Mit diesem Artikel hat der Bonner Verfassungsgeber den "Schlußstein im Gewölbe des Rechtsstaates" gesetzt.³⁾ Gegen jede Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt ist der Rechtsweg geöffnet. Der Problematik, ob zu dem Begriff "öffentliche Gewalt" in Art. 19, Abs. IV GG auch die rechtsprechende oder gar rechtssetzende Gewalt zu zählen sind, braucht hier nicht weiter nachgegangen zu werden.⁴⁾ Für das Gebiet des Verwaltungsrechtsschutzes genügt die Feststellung, daß die vollziehende Gewalt auf jeden Fall unter den Begriff der "öffentlichen Gewalt" fällt.⁵⁾ Dabei ist besonders hervorzu-

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 176; ebenso Bachof, Arch. öffentl. R. 82 Band, S. 147

2) So z. B. das BVerwG in einem Urteil des II. Senats vom 21. Jan. 1955 BVerwG II C 177. 54 in BVerwGE Band 2 S. 22ff.

3) Klein in VVDStL Heft 8, S. 85 ff, S. 123, zitiert bei Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19, Abs. IV Anm. 2. Maunz-Dürig, aaO. weist noch auf folgende Formulierungen hin, mit denen der hohe Verfassungsrang des Art. 19, IV GG gefeiert wird: "Königlicher Artikel" (Jellinek, VVDStL Heft 8, S. 3); "Krönung des Rechtsstaates" (Ebers, Festschrift für Laforet, S. 271)

4) Vgl. hierzu die Zusammenstellung bei Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. IV, Anm. 18

5) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. IV, Anm. 19

heben, daß Art. 19, Abs. IV GG Rechtsschutz gegen jede Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt gewährt und es nicht davon abhängig macht, daß diese Rechtsverletzung durch einen Verwaltungsakt erfolgt sein muß¹⁾. Die bloße Behauptung, man sei durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt worden, öffnet den Rechtsweg nach Art. 19, Abs. IV.

2.) Für den Verwaltungsrechtsschutz stellt diese umfassende Rechtsschutzgewährung durch Art. 19 Abs. IV GG die Garantie für den Fortbestand und die Wirksamkeit der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel dar.²⁾

Sie gebietet insbesondere eine Auslegung des Begriffes Verwaltungsakt, die so weit ist, daß sie alle Erscheinungsformen mit umfaßt, in denen die vollziehende Gewalt Rechtsverletzungen begehen kann. Denn eine enge Auslegung der Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes könnte zwar die Verwaltungsgerichte entlasten, die viele Klagen mangels der Prozeßvoraussetzung Verwaltungsakt als unzulässig abweisen könnten. Dies hätte aber nur zur Folge, daß der Rechtsschutzsuchende kraft der subsidiären Zuständigkeit in Art. 19, IV, 2 GG seine Rechtsverletzungsbehauptung vor den ordentlichen Gerichten erheben müßte. Denn Art. 19, IV GG läßt sich auf Grund seiner unmißverständlichen Formulierung nicht einengend auslegen. Das Ergebnis wäre eine "aufgespaltene Anfechtungsklage"³⁾, da bei einer engen Auslegung des Begriffes Verwaltungsakt ein Teil der öffentlichrechtlichen Streitigkeiten von den Verwaltungsgerichten, ein anderer Teil nach Art. 19, IV, 1 und 2 GG von den ordentlichen Gerichten entschieden werden müßte.⁴⁾

Dieses Ergebnis kann von der Rechtsordnung nicht gewollt sein. Es läßt sich vermeiden, da der Verwaltungsakt als Zweckbegriff elastisch genug ist, um alle Handlungen, mit denen die öffentliche Gewalt Rechte verletzen kann, in sich zu vereinen. So wichtig damit Art. 19, IV, 1 GG als Garantie für umfassenden Verwaltungsrechtsschutz ist, so bedeutungslos ist in der Praxis die durch ihn begründete subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

3.) Im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie in Art. 19, Abs. IV GG ist gelegentlich versucht worden, eine nähere Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes überhaupt aufzugeben.

1) Auf die Bedeutung dieser Formulierung weisen insbesondere Maunz-Dürig, Art. 19, IV, Anm. 9 und 10 und Lerche, Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBL. 54, S. 626 - 632, hin.

2) Ule, Das Bonner GG und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 32, Maunz-Dürig, Art. 19, IV, Anm. 7.

3) Pabst, Die Bedeutung des Art. 19, IV GG für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage, in DÖV 1951, S. 284 ff/ 287.

4) Ule, aaO.

a) Krüger ¹⁾ geht - mit der wohl herrschenden Lehre - davon aus, daß sich die juristische Konstruktion nach dem Rechtsschutz zu richten habe, und daß der Begriff des Verwaltungsaktes demnach teleologisch so gebildet werden müsse, daß dasjenige Maximum an Rechtsschutz herausspringe, welches die Natur der Sache gestatte.

Von diesem Ergebnis ausgehend, definiert er den Begriff des Verwaltungsaktes: "Ebenso wie "Sache" im Sinne des § 242 StGB nicht das ist, was die Naturwissenschaftler für eine Sache erklären, sondern alles, was "weggenommen" werden kann, muß als Rechtsakt unter dem Aspekt der Rechtsschutzgewährung jeder Akt angesehen werden, der geeignet ist, Unrecht zu stiften." ²⁾ Ob ein Akt der Verwaltung als Rechtsakt anzusehen sei, könne letztlich nur danach beantwortet werden, ob im konkreten Fall prima facie Unrecht geschehen sei. Krüger zieht dabei eine Parallele zur Justiziabilität von Ermessensentscheidungen: Auch hier verwandele sich eine Nicht-Rechtssache erst dann in eine justiziable Rechtssache, wenn die Entscheidung ermessensfehlerhaft zustandegekommen, d. h. aber auch hier, wenn im konkreten Fall Unrecht geschehen sei. ³⁾

b) Noch einen Schritt weiter geht Lerche. ⁴⁾ Bei ihm wird die Meinung Krügers folgendermaßen "weitergedacht": ⁵⁾ Wenn die Eigenschaft eines Rechtsaktes doch nur daran gemessen werden könne, ob im konkreten Falle prima facie Unrecht geschehen ist, dann sei es überhaupt überflüssig, bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage zu prüfen, ob objektiv ein Verwaltungsakt vorliege. Denn auf diese Weise würde mit der Frage, ob objektiv eine Rechtsverletzung vorliege, die gesamte Prüfung der Begründetheit der Klage vorweggenommen, um dann erst, mit der so erzielten Bejahung oder Verneinung der Rechtsakteigenschaft, zu einer Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage zu kommen. Lerche kommt deshalb zu dem Ergebnis, daß es für die Zulässigkeit einer Klage überhaupt genügen müsse, wenn der angegriffene Hoheitsakt den behaupteten Charakter eines Rechtsaktes habe. Die Behauptung, daß die angegriffene Maßnahme ein Rechtsakt sei, liege aber regelmäßig in der gleichzeitig erhobenen Behauptung, daß diese Maßnahme Rechte des Klägers verletzt habe. Denn Rechtsverletzungen könnten nur durch Rechtsakte erfolgen.

1) Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in NJW 1953, S. 1369 - 1373

2) aaO. S. 1370

3) In ähnlichem Zusammenhang beruft sich Krüger (Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 125) auf Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern.

Auch Triepel führt dort aus, daß Verhältnisse dann Rechtscharakter annehmen, wenn sie in einer bestimmten sozialwidrigen Weise streitig würden.

4) Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 54, 626 - 632

5) aaO. S. 628

4) Die von Krüger und Lerche vorgeschlagenen Begriffsbestimmungen des Verwaltungsaktes bzw. Zulässigkeitsvoraussetzungen für verwaltungsgerichtliche Klagen sind indes von Art. 19, Abs. IV GG nicht geboten.

a) Der Begriff des Verwaltungsaktes kann nicht letztlich darauf gestützt werden, ob eine hoheitliche Maßnahme im konkreten Fall *prima facie* Unrecht zugefügt habe. Der Allgemeine Teil des Verwaltungsrechtes verlangt möglichst allgemeingültige und positiv gefaßte Begriffe. Wenn auch im einzelnen Rechtsschutzfall die Krüger'sche Definition sicherlich jede Rechtsschutzlücke vermeidet, so ist sie doch in andern Zusammenhängen ohne praktischen Wert. Der Begriff des Verwaltungsaktes ist zwar auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtsschutzes von besonders großer Bedeutung. Darüber darf man aber nicht aus den Augen verlieren, daß er auch sonst im öffentlichen Recht eine Rolle spielt.¹⁾ Für das Gebiet des Verwaltungsrechtsschutzes könnte eine negative Definition hingenommen werden, die festlegt, was ein rechtswidriger Verwaltungsakt ist; denn nur gegen solche Verwaltungsakte soll ja Rechtsschutz gewährt werden. Aber in diesem Falle müßte notwendigerweise eine andere Definition gefunden werden, die für andere Rechtsgebiete feststellt, was ein rechtmäßiger Verwaltungsakt ist. Diese Begriffsspaltung wäre alles andere als zweckmäßig. Es muß davon ausgegangen werden, daß es einen einheitlichen Begriff des Verwaltungsaktes gibt. Ob dieser Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist keine Frage, die sich im Zusammenhang mit der Zulässigkeitsprüfung einer verwaltungsgerichtlichen Klage stellt, sondern eine Frage, die gerade den Gegenstand der materiellrechtlichen Prüfung des Gerichtes bildet.²⁾ Der Begriff des Verwaltungsaktes kann deshalb nicht von dem Unrechtsgehalt einer Maßnahme her definiert werden.

b) Gegen den Vorschlag Lerches, die Prozeßvoraussetzung des objektiven Vorliegens eines Verwaltungsaktes fallen zu lassen, spricht - zumindest *de lege lata* - das Gesetz. Die Generalklausel gewährt Rechtsschutz ausdrücklich nur gegen Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte. Die Behauptung des Klägers, eine hoheitliche Maßnahme habe ihn in seinen Rechten verletzt, sagt noch nicht, daß diese Maßnahme ein Verwaltungsakt war. Es kann genauso gut eine verwaltungsbehördliche Rechtssetzungsmaßnahme gewesen sein, die den Kläger in seinen Rechten verletzt haben soll. Es hat deshalb seinen Sinn, wenn das Gesetz vorschreibt, es müßte zunächst die objektive Rechtsnatur der angegriffenen Maßnahme festgestellt werden, ehe

1) Zu denken ist z. B. an die Fragen im Zusammenhang mit der Widerruflichkeit von Verwaltungsakten - der tatbestandsmäßigen Wirkung von Verwaltungsakten - der gesetzlichen Grundlage von VAⁿ u. ä.

2) Bachof, VVDStL Heft 12, S. 60 und Heft 15, S. 204

die Rechtsverletzungsbehauptung des Klägers auf ihre Begründetheit überprüft werden könnte.

5.) Das von der Verfassung vorgeschriebene Ergebnis eines umfassenden Verwaltungsrechtsschutzes kann auch erreicht werden, wenn man an einem positiv definierten Begriff des Verwaltungsaktes als Prozeßvoraussetzung für verwaltungsgerichtliche Klagen festhält. Es ist eines der wichtigsten Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes, daß er einen Einzelfall regelt, d. h. daß er unmittelbar rechtserhebliche Wirkung hat. Bei einer dem Zweck des Art. 19 Abs. IV GG entsprechenden weiten Auslegung dieses Begriffsmerkmals ist kein individueller Einzelakt einer Verwaltungsbehörde denkbar, die zwar einerseits im konkreten Fall Rechte verletzen könnte, andererseits aber als "nicht unmittelbar rechtserheblich" zu qualifizieren wäre. Der Zweck eines möglichst umfassenden Rechtsschutzes muß über jeder Auslegung des Begriffs "Unmittelbare Rechtserheblichkeit" stehen. Wenn also bei einer Maßnahme Zweifel bestehen, ob sie unmittelbar rechtserheblich ist, dann ist sicher die Feststellung die beste Auslegungshilfe, ob diese Maßnahme ganz generell geeignet ist, im Einzelfalle Unrecht zuzufügen. Wenn dies denkbar ist, dann ist die betreffende Maßnahme in jedem Fall ein Verwaltungsakt. Denn eine Maßnahme, die in irgendeinem nur denkbaren Einzelfall Unrecht zufügen kann, ist in allen Fällen unmittelbar rechtserheblich. Mit dieser Auslegung kann eine positive Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes erhalten bleiben, die sich nur ganz generell, nicht aber in jedem Einzelfall am Rechtsschutzgedanken orientiert. Damit braucht bei der Prüfung der Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage auch nicht die Prüfung der Begründetheit vorgeschaltet werden, indem man feststellt, ob die angegriffene Maßnahme in diesem konkreten Fall Unrecht zugefügt hat. Die angegriffene Maßnahme ist schon dann unmittelbar rechtserheblich und erfüllt die als Prozeßvoraussetzung erforderliche Eigenschaft eines Verwaltungsaktes, wenn sich ganz allgemein denken läßt, daß diese Maßnahme geeignet ist, Rechte des Adressaten zu verletzen.

Art. 19 Abs. IV GG gebietet nicht die Abkehr vom Begriff des Verwaltungsaktes, sondern lediglich eine sehr weite Definition aller Begriffsmerkmale.¹⁾ So definiert Ule²⁾ den Verwaltungsakt zunächst in der üblichen Weise als "Jede Maßnahme einer Verwaltungsbehörde, durch die ein Einzelfall nach

1) Ule, Die Lehre vom Verwaltungsakt, S. 265.

LVG Düsseldorf, Urteil vom 26. 11. 1953, DVBl 1954, 583-584; Sehr weit Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19, IV GG Anm. 1, der als Verwaltungsakt "jede Einzelmaßnahme eines Trägers der öffentlichen Gewalt" qualifiziert.

2) Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. IV, 1, a, S. 112.

den Vorschriften des öffentlichen Rechtes geregelt wird". Im Hinblick auf die durch Art. 19, Abs. IV gebotene weite Auslegung fügt er dieser Definition aber hinzu, daß es sich um "jede nur denkbare Maßnahme" handeln könne

§ 6) Verwaltungsakte in "Besonderen Gewaltverhältnissen"

I. Die Stellung des "Besonderen Gewaltverhältnisses" im öffentlichen Recht.

1.) Das Institut des Besonderen Gewaltverhältnisses im öffentlichen Recht läßt sich rechtsgeschichtlich auf die altgermanischen Gefolgschaftsverhältnisse zurückführen, auf deren Grundlage im Laufe der weiteren Entwicklung besondere Treudienstverhältnisse, wie z. B. das Vasallitätsverhältnis entstanden.¹⁾ Mit dem Besonderen Gewaltverhältnis lebt die Vorstellung an die Grundherrschaft und das Lehenswesen, an die ursprüngliche Haus- oder Herrengewalt des Staates.²⁾ Die konkreten Ansätze zur Entwicklung des Besonderen Gewaltverhältnisses in der heute üblichen Bedeutung finden sich in der Mitte des 19. Jahrhunderts, als für das Staatsdienerverhältnis der Unterschied zwischen dem Forderungsverhältnis und einem "organischen Subjektionsverhältnis" herausgearbeitet wird.³⁾ Das Rechtsverhältnis des Beamten wird in eine Parallele zum Gewaltverhältnis zwischen Vater und Sohn gesetzt und aus ihm erklärt. Später wird - besonders unter der Führung Otto Mayers⁴⁾ - das ganze Verhältnis des Staates zu den Untertanen als ein großes Gewaltverhältnis erkannt, aus dem engere Kreise hervortreten, für welche das Gewaltverhältnis eine besonders scharfe Ausprägung erhalten hat. Das Besondere Gewaltverhältnis wird als Rechtsverhältnis aufgefaßt, das sich durch die Intensität der Einwirkungsmöglichkeit auf die Gewaltunterworfenen vom allgemeinen Gewaltverhältnis unterscheidet.

2.) Zu den besonderen Gewaltverhältnissen werden auch schon bald die sogenannten Anstaltsverhältnisse gerechnet.⁵⁾

a) Der Begriff einer Anstalt taucht im öffentlichen Recht überall dort auf, wo irgend etwas zu unternehmen oder zu verwalten ist, überhaupt wo irgend ein Zweck verfolgt werden soll.⁶⁾ Der Begriff bezeichnet die Tatsache, daß die

1) Merk, VVDStL Heft 15 S. 193

2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, S. 286; Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 115 mit weiterem Hinweis auf Ermacora, Die besonderen Gewaltverhältnisse in der österreichischen Rechtsordnung, DÖV 1956/S. 529 ff. Dort ist die Rede vom "patrimonialen" besonderen Gewaltverhältnis.

3) Thieme, Das besondere Gewaltverhältnis, S. 521, mit zahlreichen weiteren Nachweisen

4) Thieme aaO. S. 522, mit weiteren Nachweisen.

5) Thieme, aaO. S. 522, mit weiteren Nachweisen.

6) Schmeller, Die allgemeine Rechtsstellung der öffentlichen Unternehmungen S. 37

Verfolgung dieses Zweckes in gewissen äußeren Erscheinungen zum Ausdruck kommt, die auf einige Dauer berechnet sind. Danach definiert die herrschende Auffassung, die öffentliche Anstalt als "einen Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind." ¹⁾ Haben solche Anstalten eigene Rechtspersönlichkeit, dann sind es selbständige oder rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts. Haben sie dagegen keine eigene Rechtspersönlichkeit und stellen sie nur einen Teil des Verwaltungsapparates eines andern Trägers öffentlicher Gewalt dar, dann nennt man sie unselbständige oder nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten. Die Anstaltsbenutzer - ob sie freiwillig oder unfreiwillig in die öffentliche Anstalt eingetreten sind, - stehen unter der Herrschaft der Anstaltsgewalt, die sich beschreiben läßt als die bei der Anstaltsleitung liegende Befugnis und Verpflichtung, für eine geordnete Benützung und für die Sicherung des Anstaltszweckes Sorge zu tragen. ²⁾ Der Benutzer einer öffentlichen Anstalt steht damit in einem intensiveren Unterwerfungsverhältnis zur öffentlichen Gewalt, als der außerhalb eines Anstaltsverhältnisses lebende Staatsbürger. Das Anstaltsverhältnis ist also der typische Fall eines Besonderen Gewaltverhältnisses.

b) Das Schulverhältnis stellt eines der charakteristischsten Anstaltsverhältnisses im öffentlichen Recht dar. ³⁾ Der Staat hat auf dem Gebiete des Schulwesens bestimmte sachliche und persönliche Mittel zusammengeordnet, um einen bestimmten Zweck, nämlich die Erziehung und Unterrichtung der Jugend dauerhaft verfolgen zu können. Als Schulbenutzer unterstehen die Schüler der Ordnungs- und Leitungsgewalt ihrer Schule, die durch zahllose Einzelanordnungen die geordnete Schulbenützung und die Durchsetzung des Schulzweckes gewährleistet.

Soweit zur ordnungsgemäßen Durchführung des Schulbetriebes Anordnungen gegenüber den Erziehungsberechtigten erforderlich sind, können auch die Erziehungsberechtigten als Anstaltsbenutzer angesehen werden. Es ist an dieser Stelle noch nicht zu prüfen, wie weit die Ordnungs- und Leitungsbefugnisse der Schulgewalt inhaltlich reichen dürfen. In diesem Zusammenhang genügt die Feststellung, daß die Schüler und - wenigstens zu einem geringen Teil - auch die Eltern als Benutzer einer Anstalt zu betrachten

1) Schmeller, aaO S. 39 mit ausführlichen weiteren Nachweisen auf das Schrifttum; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, S. 268; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 322; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 493; Eisenhuth, aaO, S. 43

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 346

3) Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 33

sind, die insoweit einer weitaus regelmäßigeren und intensiveren Einwirkung durch die öffentliche Gewalt ausgesetzt sind, als die außerhalb dieses Schul-Anstaltsverhältnisses stehenden Staatsbürger.

Das Schulverhältnis hat sich im Laufe der Entwicklung als Anstaltsverhältnis herausgebildet, ohne daß diese Form des Schulbetriebes gesetzlich festgelegt gewesen wäre.¹⁾ Zuerst entstand eine ganz bestimmte Verwaltungsform, in der die öffentliche Gewalt die Durchsetzung öffentlicher Zwecke, z. B. den Zweck der Schulerziehung, zu verwirklichen suchte, und erst später wurde diese Erscheinungsform öffentlicher Verwaltung von der Verwaltungsrechtswissenschaft als "Anstalt" in das Gefüge des allgemeinen Verwaltungsrechts eingeordnet. Erst in neuerer Zeit mehren sich in der Literatur die Meinungen, die sich gegen den "Allerweltsbegriff der öffentlichen Anstalt" wenden.²⁾ Dieser Begriff soll einem nach außen abgeschlossenen Bereich vorbehalten bleiben. Eine genauere Abgrenzung des Anstaltsbegriffs ist in diesem Zusammenhang nicht erforderlich, da die Schule als nach außen abgeschlossener Bereich auch unter einen enger gefaßten Begriff der Anstalt fallen würde. Neuerdings ist die Betriebsform der öffentlichen Schule als nichtrechtsfähige öffentliche Anstalt sogar gesetzlich definiert worden (Art. 5 Abs. I des bayerischen EUG).

Das schulische Gewaltverhältnis zählt in der Verwaltungsrechtswissenschaft neben dem Beamtenverhältnis zu den hervorragenden Typen des Besonderen Gewaltverhältnisses.³⁾

3.) Da die Besonderen Gewaltverhältnisse auf die germanischen Gefolgschaftsverhältnisse bzw. auf das Lehenswesen zurückgeführt werden, besteht die Eigenart der Gewalt in diesen Verhältnissen, zumindest von ihrem Ursprung her, darin, daß sie in vollem Gegensatz zur versachlichten Staatsgewalt als persönliche Gewalt aufgefaßt wird.⁴⁾ Begriffe wie Fürsorgepflicht und Treuepflicht stehen

1) Wenn § 1 II 12 ALR festlegte, daß die Schule eine "Veranstaltung" des Staates sei, so sollte damit nicht der verwaltungsrechtliche Typus der Schule charakterisiert werden. Diese Formulierung sollte lediglich klarstellen, daß die Schule Sache des Staates und nicht mehr der Kirche sei. (Eisenhuth, aaO. S. 48). - Auch in der Formulierung in Art. 143, I, 1 WV: "Für die Bildung der Jugend ist durch öffentliche Anstalten zu sorgen" - wird keine gesetzliche Festlegung des Anstaltscharakters im techn. Sinn gesehen. Anschütz, Kommentar zur RV., S. 575 und Landé, Die Schule in der Reichsverfassung, S. 141 ff, sehen die Hauptbedeutung dieser Bestimmung im Wort "öffentlich" und legen Art. 143 WV deshalb so aus, daß mit ihm der Primat der öffentlichen vor der privaten Schule festgestellt werden sollte.

2) Bachof, Festschrift für Laforet, S. 295, mit weiteren Nachweisen

3) Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 135. Thieme, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 522.

4) Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 116

im Vordergrund, dafür fehlen fast alle Institute, die das sachliche, unpersönliche Verhältnis zwischen Staat und Staatsbürgern kennzeichnen.¹⁾ Für den Unterfall des Anstaltsverhältnisses faßt Otto Mayer den Rechtszustand folgendermaßen zusammen²⁾: "Die Ordnung des Nutzungsverhältnisses der Verwaltungsanstalten trägt mit voller Absichtlichkeit nicht das Gepräge des Rechtsstaates. Sie vermeidet Rechtssatz und Verwaltungsakt. Eben deshalb kommen dabei wichtige subjektive Rechte nicht zum Vorschein." Die überkommene Lehre vom Besonderen Gewaltverhältnis läßt sich im wesentlichen durch drei Hauptthesen kennzeichnen³⁾:

- a) Im besonderen Gewaltverhältnis gilt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht.
- b) Im besonderen Gewaltverhältnis kann der Gewaltunterworfenen sich nicht auf die Grundrechte berufen.
- c) Die Maßnahmen des Gewalthabers im besonderen Gewaltverhältnis sind keine Verwaltungsakte.

Es wird zu untersuchen sein, wie weit diese überkommenen Grundsätze heute noch Gültigkeit beanspruchen können. Dabei geht es in diesem Kapitel nur um die Frage, ob die Prozeßvoraussetzung Verwaltungsakt auch dann gegeben ist, wenn sich die verwaltungsgerichtliche Klage gegen eine Maßnahme innerhalb eines Anstaltsverhältnisses, d. h. eines Besonderen Gewaltverhältnisses richtet. Die Fragen nach der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Geltung von Grundrechten in Besonderen Gewaltverhältnissen stellen sich erst bei der Behandlung des materiellen Rechts.⁴⁾

II. Die Rechtsnatur der Einzelmaßnahmen innerhalb Besonderer Gewaltverhältnisse.

1.) Solange der Verwaltungsakt als Begriff des öffentlichen Rechts nur eine mehr oder minder akademische Bedeutung hatte, brauchte sich gegen die Lehre, daß die Maßnahmen in Besonderen Gewaltverhältnissen keine Verwaltungsakte sein sollten, keine Kritik zu erheben. Für den Gewaltunterworfenen war es ohne Interesse, ob die ihm gegenüber ergehenden Anordnungen des Gewaltträgers Verwaltungsakte im Sinne der damaligen Lehre oder irgendwie anders

1) Krüger, aaO. und Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in NJW, 1953, S. 1369 - 1373 / 1369

2) Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, S. 284

3) Krüger, Der Verwaltungsrechtsschutz im bes. Gew. V., aaO., S. 1369
Thieme, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 522

4) Siehe unten § 12, S. 112 ff und § 14, S. 129 ff

zu qualifizierende Maßnahmen darstellten. Der Begriff des Verwaltungsaktes stand noch nicht im Mittelpunkt des Verwaltungsrechtsschutzes, so daß eine Auslegung dieses Begriffes, die ihn auf die Hoheitsbetätigung der öffentlichen Gewalt im allgemeinen Gewaltverhältnis festlegte, verfassungsrechtlich zulässig war. Gerade die Vorstellung von dem versachlichten allgemeinen Gewaltverhältnis und dem personenrechtlich ausgestalteten Besonderen Gewaltverhältnis machte auch eine Unterscheidung in den verwaltungsrechtlichen Begriffen erforderlich. Der Verwaltungsakt als Bezeichnung für die Einzelmaßnahme im allgemeinen Gewaltverhältnis, die interne oder innerdienstliche "Weisung"¹⁾ als Begriff für die Einzelanordnungen innerhalb eines Besonderen Gewaltverhältnisses.²⁾

Die verschiedenen Vorstellungen von den beiden Gewaltverhältnissen und die verschiedenen Begriffe für ihre Betätigungsformen ermöglichten und erleichterten auch die Unterscheidung von einem Innen- und Außenverhältnis.³⁾ Jeder Angehörige eines Besonderen Gewaltverhältnisses stand nach dieser Vorstellung in zwei verschiedenen Rechtsbeziehungen zur öffentlichen Gewalt: Als Angehöriger des Besonderen Gewaltverhältnisses war er in den Verwaltungsapparat selbst mit einbezogen, während er in Lebensbereichen, die vom Zweck des Besonderen Gewaltverhältnisses nicht mehr mit umfaßt waren, das war in seinem sogenannten äußeren Rechtskreis, als Staatsbürger der öffentlichen Gewalt gegenüber stand.

2.) Die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und insbesondere die Bestimmung des Art. 19, Abs. IV GG haben es jedoch erforderlich gemacht, die Einzelanordnungen in Besonderen Gewaltverhältnissen auch unter dem Blickwinkel des Verwaltungsrechtsschutzes zu sehen.⁴⁾ Die durch Art. 19, IV GG gebotene weiteste Auslegung des Begriffes Verwaltungsakt⁵⁾ kann nicht eine Vielzahl von Maßnahmen, die alltäglich gegenüber den Gewaltunterworfenen in Besonderen Gewaltverhältnissen ergehen, einfach ignorieren. Für das Institut des Besonderen Gewaltverhältnisses lassen sich dabei folgende Feststellungen treffen:

a) Die Vorstellung von einer persönlichen Beziehung zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenen ist für die heute noch bestehenden Besonderen Gewaltverhältnisse in dem Maße zurückgetreten, wie sich der Staat organisato-

1) Begriff zuerst bei Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, S. 101 ff;

2) Krüger, Der Verwaltungsrechtsschutz im bes. Gew. V., aaO. S. 1371;

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 412

4) Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 109, formuliert bildhaft, daß man bei Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel in Gestalt der Besonderen Gewaltverhältnisse einen "vorrechtsstaatlichen Urwald" entdeckt habe, der erst allmählich unter die Kultur des Rechts genommen worden sei.

5) Siehe oben § 5

risch in einem System von Ämtern verwirklicht. 1) Die Rechtsbeziehungen zwischen öffentlicher Gewalt und Staatsbürgern haben sich so sehr versachlicht, daß die Lehre von der Immunität einer ursprünglichen Haus- oder Herrengewalt des Staates in bestimmten Lebensbereichen wie ein Fremdkörper in der rechtsstaatlichen Ordnung wirken muß. 2)

b) Mit fortschreitender Entpersönlichung der Besonderen Gewaltverhältnisse kann zwischen der Gewalt im allgemeinen und im besonderen Gewaltverhältnis kein qualitativer Unterschied mehr gesehen werden. Der Anstaltsbenutzer unterliegt keiner besonderen Gewalt, sondern lediglich einer besonders intensiven allgemeinen Gewalt. Die Staatsgewalt, die die meisten Staatsbürger nur gelegentlich durch irgendwelche Einzelakte zu irgendwelchen Handlungen anweist, wendet sich zur Durchsetzung bestimmter öffentlicher Zwecke - (Schulerziehung, Wehrdienst) - mit äußerst zahlreichen und intensiven Anordnungen an die zu diesen Zwecken zusammengefaßten Personen. Von der für alle Staatsbürger gleichen Staatsgewalt werden diesen Personen also lediglich besondere Pflichten auferlegt. Ule³⁾ hat deshalb auch vorgeschlagen, den Ausdruck "Besonderes Gewaltverhältnis" durch den Begriff "Besonderes Pflichtenverhältnis" zu ersetzen. 4)

c) Wenn die Gewalt in den "Besonderen Gewaltverhältnissen" als die entpersönlichte, sachliche - wenn auch besonders intensiv ausgeübte allgemeine Gewalt verstanden wird, können sich für den Begriff des Verwaltungsaktes in diesen Gewaltverhältnissen keine Besonderheiten gegenüber dem "Allgemeinen Gewaltverhältnis" ergeben. Jede Einzelmaßnahme, die den allgemeinen Begriff des Verwaltungsaktes ausfüllt, verliert die Eigenschaft eines Verwaltungsaktes nicht dadurch, daß sie als Einzelmaßnahme innerhalb eines "Besonderen Gewaltverhältnisses" ergangen ist.

3. Nach Einführung der verwaltungsgerechtlichen Generalklausel und insbesondere nach Einführung von Art. 19 IV GG ist es auch in Literatur und Rechtsprechung kaum noch bezweifelt worden, daß Maßnahmen des Gewalthabers eines Besonderen Gewaltverhältnisses gegenüber den Gewaltun-

1) Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 117;

2) Krüger, aaO S. 128

3) Das Besondere Gewaltverhältnis S. 144 mit weiterem Hinweis auf Ule, Das Besondere Pflichtenverhältnis und der Wandel der Staatsidee, in RVerwBl. 1934, S. 649. Anm. 3

4) Weber, VVDStL Heft 16, S. 188 schlägt anstelle des Begriffes Bes. Gew. V. den Begriff "Statusverhältnis" vor. Diese Bezeichnung verdeutlicht das Wesen dieser Rechtsverhältnisse allerdings nicht.

terworfenen auch Verwaltungsakte sein könnten.¹⁾ Dennoch sind durch verschiedene Grenzziehungen innerhalb der Besonderen Gewaltverhältnisse bedeutsame Einschränkungen des Rechtsschutzes in Besonderen Gewaltverhältnissen versucht und erreicht worden.

a) Besonders die überkommene Vorstellung von einem Innen- und Außenverhältnis zur öffentlichen Gewalt, in denen der Gewaltunterworfenen ein Besonderes Gewaltverhältnis steht, hat auch noch nach 1945 in vielen Fällen die Beurteilung der Verwaltungsakteigenschaft von Anstaltsmaßnahmen getragen. Nach dieser Unterscheidung können Maßnahmen des Gewaltträgers gegenüber den Gewaltunterworfenen Verwaltungsakte nur dann sein, wenn sie den Gewaltunterworfenen in seinem äußeren Rechtskreis treffen. Das sind nach dieser Lehre zum Beispiel alle diejenigen Maßnahmen des Gewaltträgers, die das Besondere Gewaltverhältnis für den Einzelnen begründen oder beenden.²⁾ Diese Maßnahmen haben Außenwirkung, da sie die Einzelperson entweder aus seinem allgemeinen Gewaltverhältnis herausnehmen oder ihn dorthin entlassen. Andere Maßnahmen, die besonders intensiv sind und den Gewaltunterworfenen außerhalb seines vom Zweck des Gewaltverhältnisses umfaßten Lebensbereiches treffen, können ebenfalls Außenwirkung haben. Ihnen gegenüber stehen die vielen Einzelanordnungen des laufenden Anstaltsbetriebes, die nur die interne Ordnung regeln und deshalb nicht die Eigenschaft von Verwaltungsakten haben sollen.³⁾

1) Nur noch vereinzelt werden nach 1945 die Maßnahmen der Anstaltsgewalt ganz generell aus dem Begriff des Verwaltungsaktes ausgeklammert. Vgl. z. B. Nebinger, Verwaltungsrecht, allgemeiner Teil, S. 197, sowie Kommentar zur Verfassung vom Württembg.-Baden, 1948, Anm. 2 zu Art. 90 (S. 247).

Sieveking in MDR 1948, S. 317

Kersten, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone im neuen Gewande, NJW. 1949, S. 208 - 210 / 209.

Noch 1950, allerdings ohne nähere Begründung, Eyermann-Fröhler, Kommentar zum VGG, § 22, Anm. I, 1, a, bb.

Die Meinung, daß sogar die Rechtsweggarantie des Art. 19, IV GG für besondere Gewaltverhältnisse keine Bedeutung haben sollte, wird ebenfalls nur sehr selten vertreten. Vgl. z. B. Friesenhahn, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem GG", DV 1949, S. 481.

Einschränkend auch Reuter, DÖV 1954, S. 305 - ("dem Gedanken sollten zumindest einige Erwägungen gewidmet werden") - und Schneider, DVBl. 1953, S. 82 - 83 - ("einen richtigen Kern wird man dieser Lehrmeinung nicht absprechen dürfen.")

2) Thieme, das Besondere Gewaltverhältnis, S. 528

3) Die Rechtsprechung dazu siehe unten bei Behandlung der Schulentscheidungen, § 7, S. 62 ff

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Unterscheidung - zumindest indirekt - anerkannt, wenn es ausführt¹⁾, daß es oft schwierig sei, die Grenzen zwischen einem im Verwaltungsrechtsweg anfechtbaren Verwaltungsakt und einer Maßnahme der Anstaltsgewalt zu finden. Das Bundesverwaltungsgericht brauchte indes zu diesem Problem nicht näher Stellung zu nehmen, da es mit der Auslegung, welche Maßnahmen einer Anstalt Außenwirkung hätten, ohnehin sehr weit ging und eine Anfechtungsklage bisher niemals aus dem Grunde abwies, daß die angegriffene Maßnahme nur intere. Wirkung gehabt hätte und deshalb nicht als Verwaltungsakt anzusehen sei.

b) Eine etwas abweichende Art der Grenzziehung im Besonderen Gewaltverhältnis ist von Ule vorgenommen worden²⁾:

Ule geht, mit der wohl herrschenden Lehre, davon aus, daß die besonderen Gewaltverhältnisse als Rechtsverhältnisse anzusehen seien. Im Folgenden³⁾ hebt Ule jedoch eine Eigenart hervor, die das besondere Gewaltverhältnis im Gegensatz zum allgemeinen Gewaltverhältnis aufweist. Diese Eigenart besteht nach Ule darin, daß der Einzelne mit der Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses in aller Regel einem "Betrieb" eingegliedert wird. Bei den Dienstverhältnissen dient der Gewaltunterworfenen dem Betrieb; er ist selbst ein persönliches Mittel, mit dem die dem Betrieb gestellten Aufgaben erfüllt werden. Bei den Anstaltsverhältnissen dagegen ist zwar der Betrieb für den Gewaltunterworfenen, die Schule also für den Schuler da. Allerdings sind auch die Anstaltsbenutzer selbst dem Betrieb eingefügt, der ohne ihre Bindung an die "Betriebsordnung" seine Aufgabe nicht erfüllen kann.

Ule unterscheidet demgemäß⁴⁾ zwischen den Rechtsbeziehungen, die in der Begründung, Veränderung oder Beendigung des besonderen Gewaltverhältnisses selbst bestehen, und den Rechtsbeziehungen, die sich aus der Geltung der (geschriebenen oder ungeschriebenen) "Betriebsordnung" ergeben. Für diese beiden Rechtsverhältnisse wählt er die Begriffe "Grundverhältnis" und "Betriebsverhältnis". Bei der Bedeutung, die dem Grundverhältnis für die Rechtsstellung des Einzelnen zukommt, sind nach der Lehre Ules alle Maßnahmen, die das Grundverhältnis betreffen, verwaltungsgerichtlich überprüfbare Verwaltungsakte.

1) Urteil vom 10. 12. 54 - II C 194. 53 - BVerwGE Band 1, S. 260 ff.

2) Das Besondere Gewaltverhältnis, Mitbericht bei der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer in Mainz am 11. und 12. 10. 56 in VVDStL Heft 15, S. 133 ff

3) aaO S. 151 ff

4) aaO S. 152

Innerhalb des Betriebsverhältnisses differenziert Ule erneut zwischen dem Beamtenverhältnis und den offenen Anstaltsverhältnissen einerseits und dem Wehrdienstverhältnis und allen geschlossenen Anstaltsverhältnissen andererseits.¹⁾

Offene Anstaltsverhältnisse sind dabei solche, die - einerlei, ob sie freiwillig oder unfreiwillig begründet wurden - den Gewaltunterworfenen mit seiner Mit- und Umwelt in Verbindung lassen, wie z. B. die Schulen, Hochschulen, Krankenhäuser. In geschlossenen Anstaltsverhältnissen dagegen wird der Gewaltunterworfenen von seiner bisherigen Mit- und Umwelt ferngehalten; das ist z. B. der Fall bei den geschlossenen Abteilungen der Krankenhäuser oder bei den Strafanstalten.

Für das Betriebsverhältnis offener Anstalten lehnt Ule eine unmittelbare Rechtskontrolle durch die Verwaltungsgerichte ab.²⁾ Die teleologische Auslegung des Art. 19, IV GG stehe unter der Verpflichtung, den Rechtsstaatsgedanken zu fördern, wobei die entscheidende Frage lauten müsse, ob der

1) Der Gegenüberstellung von Beamtenverhältnis und Wehrdienstverhältnis braucht hier nicht weiter nachgegangen zu werden. Im wesentlichen besagt die Lehre Ules dazu folgendes:

a) Das beamtenrechtliche Betriebsverhältnis ist der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung entzogen (S. 156). § 56, II des Bundesbeamtengesetzes verpflichtet den Beamten zum Gehorsam und gewährt ihm, wenn er Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung hat, ein Remonstrationsrecht. Es widerspricht dem Sinn dieses Remonstrationsverfahrens, wenn der Beamte trotzdem noch ein verwaltungsgerichtliches Anfechtungsverfahren einleiten könnte. Der unmittelbare Rechtsschutz im Grundverhältnis - der allerdings soweit geht, daß er auch Streitigkeiten über die dienstliche Beurteilung mitumfassen soll - und der mittelbare Rechtsschutz des Disziplinarverfahrens reichen für das Beamtenverhältnis aus. Denn der Beamte braucht Anordnungen mit unzumutbarem Inhalt überhaupt nicht zu befolgen und kann es auf ein Disziplinarverfahren ankommen lassen, das die Rechtmäßigkeit seiner Gehorsamsverweigerung bestätigen wird.

b) Dagegen ist verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Kommandogewalt, also im wehrrechtlichen Betriebsverhältnis, zulässig. Der Soldat ist straffer an die Befehle seiner Vorgesetzten gebunden als der Beamte, Ungehorsam zieht für ihn nicht nur disziplinarische, sondern sogar strafrechtliche Ahndung nach sich. Da der Soldat also zunächst einmal unbedingt gehorchen muß, können seine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit eines Befehles überhaupt nur nachträglich durch ein unabhängiges Gericht überprüft werden.

2) aaO S. 160

Rechtsstaatsgedanke durch einen uneingeschränkten oder durch einen eingeschränkten gerichtlichen Schutz in besonderen Gewaltverhältnissen mehr gefördert werde.¹⁾ Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes ist nach Ule in den offenen Anstalten eine Einschränkung des Rechtsschutzes angezeigt. Der Anstaltsunterworfenen könne sich rechtswidrigen Maßnahmen ohne besonderes Risiko durch Ungehorsam entziehen. Führe dieser Ungehorsam zu einem Disziplinarverfahren und dieses zu einer Strafe, so werde damit das Grundverhältnis des Gewaltunterworfenen berührt. Nunmehr stehe der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht offen, wobei mit der Entscheidung über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Disziplinarstrafe incidenter auch die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit jener Maßnahme mit überprüft werde, deren Nichtbefolgung die Disziplinarstrafe nach sich gezogen hatte.

Anders bei den geschlossenen Anstalten. Hier fordert Ule, daß die Geschlossenheit jener Anstaltsverhältnisse wenigstens im Rechtsschutz durchbrochen werden müsse.²⁾ Denn bei diesen Anstaltsverhältnissen sei das Betriebsverhältnis noch straffer ausgestaltet als das Wehrdienstverhältnis, Ungehorsam würde nur zur Verschärfung der auferlegten Beschränkungen führen. Deshalb sei es geboten, daß der Anstaltsinsasse gegen alle Maßnahmen der Anstaltsgewalt, also auch gegen die im Betriebsverhältnis, außerhalb der Anstalt gerichtlichen Rechtsschutz finden könne.

Menger³⁾ stimmt dieser Lehre Ules grundsätzlich zu, schlägt jedoch eine andere Differenzierung innerhalb der Betriebsverhältnisse vor: Soweit diese Betriebsakte den Gewaltunterworfenen als "Objekt des Gewaltverhältnisses" treffen, sollen sie verwaltungsgerichtlich nachprüfbar sein (z. B. die Disziplinarmaßnahmen in einer Schule oder in einer Strafanstalt); soweit sie ihn dagegen zum "Mitträger" des Betriebes machen - (zu denken ist insbesondere an die Weisungen an einen Beamten) - soll für eine Kontrolle durch das Verwaltungsgericht kein Raum sein; bei diesen letzteren Maßnahmen liege ein der "organisationsinternen" Willensbildung paralleler Fall vor.

Das Bundesverwaltungsgericht hat auch zu dieser Grenzziehung im Anstaltsverhältnis zwischen einem Grundverhältnis und einem Betriebsverhältnis noch nicht Stellung nehmen müssen. Es geht zwar auf diese Lehre ein⁴⁾, läßt

1) aaO. S. 151. Zustimmend Bachof, VVDStL Heft 15, S. 204/205; bei Auslegung des Art. 19, IV GG an Hand der verfassungsrechtlichen Wertungen sei es erforderlich, die widerstreitenden Gesichtspunkte möglicher Verrechtlichung der Staatstätigkeit einerseits und ihrer Ergiebigkeit andererseits abzuwägen.

2) aaO S. 163

3) Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 744

4) Urteil vom 20.6.1958 - VII C 11.57 - BVerwGE Band 7, S. 125 ff.

ihre Richtigkeit aber in dem zur Entscheidung stehenden Fall dahingestellt; denn wiederum gelangt es im Wege einer sehr weiten Auslegung zu dem Ergebnis, daß die in Frage stehende Maßnahme - (ein von der Universität ausgesprochenes Verbot des Farbentragens in der Öffentlichkeit) - jedenfalls "auch das sogenannte Grundverhältnis" berührt, "da gegen die Übertretung des Verbotes . . . disziplinare Maßnahmen angedroht worden sind, die möglicherweise zu einem Ausschluß von der Hochschule führen können. "

c) Speziell für das schulische Gewaltverhältnis hat neuerdings Thieme¹⁾ die überkommene Grenzziehung zwischen anfechtbaren Verwaltungsakten im Außenverhältnis und unanfechtbaren Anstaltsmaßnahmen im Innenverhältnis verteidigt. Er gibt dafür folgende Begründung : Zweck und Wesen der Schulgewalt sowie die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte stecken einen bestimmten Rahmen ab. Die Maßnahme, die den Schüler aus seinem allgemeinen Rechtskreis herausnimmt und ihn in das Schulverhältnis eingliedert, ist ein Verwaltungsakt. Dieser Verwaltungsakt stellt den Schüler in den neuen Rechtskreis hinein und beschließt in sich bereits die Möglichkeit, gegen den Schüler alle Maßnahmen zu treffen, die innerhalb des abgesteckten Rahmens möglich sind. Diese Einzelmaßnahmen des laufenden Betriebes sind keine Verwaltungsakte, da sie ihrerseits keine Rechtsveränderung mehr herbeiführen. Diese Einzelmaßnahmen verwirklichen nur die Möglichkeiten, die potentiell bereits seit Eintritt in das Besondere Gewaltverhältnis gegeben sind und die alle schon vom Verwaltungsakt der Eingliederung mit umfaßt waren. Eine Anfechtung solcher Einzelmaßnahmen ist nur in besonderen Fällen möglich, z. B. wenn sie aus völlig willkürlichen Motiven ergehen; denn die Möglichkeit, willkürlichen Maßnahmen ausgesetzt zu werden, ist nicht schon mit dem Verwaltungsakt der Eingliederung begründet worden, sondern stellt eine ursprüngliche, unmittelbare Veränderung der Rechtslage dar.

4.) Alle diese Grenzziehungen innerhalb der Besonderen Gewaltverhältnisse, die durch Manipulationen mit dem Begriff des Verwaltungsaktes eine Einschränkung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Besonderen Gewaltverhältnissen erreichen wollen, sind mit § 42 VwGO in Verbindung mit Art. 19 Abs. IV GG unvereinbar.²⁾ Das Besondere Gewaltverhältnis ist, ebenso wie der Verwaltungsakt selbst, ein Zweckbegriff. Er ist dem Wandel der Rechtsverhältnisse weitgehend offen.³⁾ Als Bezeichnung für ein besonders

1) Anmerkung zum Urteil des OVG Rheinland-Pfalz vom 18. 12. 1953 - 2 A 64/53 - in NJW 1954, S. 1461 - 1462

2) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19, IV, Anm. 25; Rehmert, Verwaltungsgerichtliche Probleme des Schülerrechts, in DÖV 1958, S. 437/445/S. 437

3) Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 180

enges Verhältnis der Staatsbürger zur öffentlichen Gewalt in Bezug auf die Durchsetzung bestimmter öffentlicher Zwecke kann es weiterhin nützlich sein ¹⁾ Es muß sich aber in seiner rechtlichen Ausgestaltung der jeweiligen Verfassungssituation anpassen. Wenn die rechtsstaatliche Ordnung umfassenden Verwaltungsrechtsschutz gegen jede Einzelmaßnahme gewährt, die ein Hoheitsträger in Ausübung seiner Hoheitsbefugnisse mit unmittelbar rechtserheblicher Wirkung trifft, dann ist nichts ersichtlich, was eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigen könnte. Es kann dabei auch nicht nur bei der inzwischen wohl unstreitigen Feststellung bleiben, daß auch im Besonderen Gewaltverhältnis grundsätzlich Verwaltungsakte möglich sind. ²⁾ Es muß darüber hinaus festgestellt werden, daß es innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse keine Grenze zwischen Verwaltungsakten und bloß internen Anstaltsmaßnahmen gibt.

a) Die räumliche Unterscheidung von einem Innen- und Außenverhältnis sagt nichts über die rechtliche Natur der Einzelmaßnahmen in diesen Rechtsverhältnissen. ³⁾ Sie erscheint, was die rechtliche Qualifizierung einer Maßnahme als Verwaltungsakt betrifft, als "willkürlich und methodisch unhaltbar". ⁴⁾ Eine Unterscheidung zwischen der Stellung eines Anstaltsbenutzers als Glied der Anstalt und seiner "äußeren Rechtsstellung als Staatsbürger" ⁵⁾ ist praktisch nicht möglich. Die Maßnahmen der Anstaltsgewalt mögen einmal mehr, einmal weniger intensiv sein; sie berühren den Anstaltsbenutzer demzufolge einmal stärker, einmal schwächer. Immer aber berühren sie seine Rechtssphäre, die man sich nicht aufgeteilt in inneren oder äußeren Rechtskreis vorstellen kann. Sobald sie seinen Rechtskreis berühren, kommt ihnen "unmittelbar rechtserhebliche Wirkung" zu. Dann sind sie - ob die

1) Zu weit geht wohl Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 117, wenn er ausführt, daß das Besondere Gewaltverhältnis als Institut überhaupt zum Absterben verurteilt ist.

2) Aus der Rechtssprechung vgl. etwa: BVerwG vom 10. 12. 1954, BVerwGE Bd. 1, S. 260 ff. und Bd. 1, S. 263 ff., sowie vom 20. 6. 1958, BVerwGE Bd. 7, S. 125 ff. LVG Münster v. 6. 7. 1951 in DVBl. 1953, S. 27. In der Literatur z. B.: Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, S. 795; Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 744 mit umfassenden weiteren Nachweisen; Klein, Tragweite der Generalklausel des Bonner GG in VVDStL, Heft 8, S. 108; Bonner Kommentar zum GG, Art. 19, IV, Anm. 4, g, 3; Harmann, DVBl. 1954, S. 581-583; Heckel, Schulrechtskunde, S. 337; Bachof DÖV 1953, S. 417 ff./S. 422.

3) Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 127.

4) Krüger, NJW 1953/S. 1370; LVG Düsseldorf in DVBl. 1954, 583/584.

5) Dazu Lerche, DVBl. 1954, 626-632; "Die verschwommenheit dieses... Begriffes muß man sich klarmachen, um zu spüren, auf welchen Füßen die ganze Unterscheidung steht."

Rechtswirkung nun mehr oder weniger stark war - eben Verwaltungsakte im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Bestimmungen. Bei Zweifeln an der unmittelbaren Rechtserheblichkeit ist die Auslegung am Zwecke eines möglichst umfassenden Rechtsschutzes zu orientieren. Kann festgestellt werden, daß die betreffende Einzelmaßnahme generell geeignet ist, Rechte zu verletzen, dann ist sie in jedem Falle rechtserheblich, auch wenn sie im konkreten Einzelfall rechtmäßig sein mag. Daß auch Anstaltsmaßnahmen geeignet sein können, dem Gewaltunterworfenen Unrecht zuzufügen, wird wohl nicht angezweifelt.¹⁾ Um in solchen Fällen Rechtsschutz zu schaffen, findet sich gelegentlich die Argumentation, daß rechtsverletzende Anstaltsmaßnahmen auf jeden Fall Außenwirkung hätten und deshalb nachprüfbare Verwaltungsakte seien. Dabei werden aber die Kriterien Rechtswidrigkeit und Rechtserheblichkeit miteinander verquickt.²⁾ Eine Maßnahme wird nicht erst dann zum Verwaltungsakt, wenn sie rechtswidrig ist, sondern schon dann, wenn sie rechtserheblich ist. Rechtserheblich ist sie aber schon dann, wenn sich ihre Wirkung auch nur auf den engeren Bereich der Anstalt bezieht. Eine begriffliche Gegenüberstellung von Verwaltungsakten auf der einen, innerdienstlichen oder internen Maßnahmen auf der anderen Seite ist ausgeschlossen.³⁾

b) Auch durch die Gegenüberstellung eines Grundverhältnisses und eines Betriebsverhältnisses kann keine Aufspaltung des Verwaltungsaktsbegriffes erzielt werden.⁴⁾ Es ist Ule zwar darin beizustimmen, daß die Auslegung von Art. 19, IV GG teleologisch zu geschehen hat. Die Garantie eines umfassenden Rechtsschutzes wäre bedeutungslos, wenn dieser Rechtsschutz durch eine Verstopfung der Gerichte mit Bagatellsachen nicht wirksam werden könnte. Das Ziel, die Verwaltungsgerichte zu entlasten, damit diese in wichtigen Fällen wirklichen Rechtsschutz gewähren können, darf aber nicht in der Weise erreicht werden, daß man a priori eine ganze Kategorie von hoheitlichen Maßnahmen aus dem Begriff des Verwaltungsaktes ausklammert, nur weil diese in der Regel erstens rechtmäßig und zweitens von un-

1) Krüger, NJW 1953, S. 1370 vertritt die Meinung, daß manche Dienstbefehle oder dienstlichen Beurteilungen so offensichtliches und grobes Unrecht zufügen könnten, daß sie des Rechtsschutzes weit eher bedürfen als manche polizeiliche Verfügungen, die obwohl unbestritten Verwaltungsakte die Belange des Bürgers nur an der Oberfläche berühren.

2) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 161

3) Obermayer, aaO, S. 164; Bittermann, VVDStL Heft 15, S. 215. In ähnlichem Sinn kann wohl schon das Urteil des bayer. VGH v. 18.8.1949, DÖV 1950, S. 56/57 verstanden werden: das alle schulischen Maßnahmen welche die Eltern oder Schüler betreffen als VA's bezeichnet und zwar "auch insoweit, als es sich um eine Anstaltsstratigkeit an sich um Maßnahmen im Rahmen der Anstaltsordnung handelt."

4) Maunz - Dürig, GG, Art. 19, IV, Anm. 25

tergeordneter Bedeutung sind. Die notwendige Beschränkung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Klagen kann nicht durch generelle Grenzziehungen erfolgen, die im Einzelfall eine Maßnahme, durch die Unrecht geschehen ist, von gerichtlicher Nachprüfung freistellen. Eine sinnvolle Zulässigkeitsbeschränkung kann sich nur am Einzelfall selbst orientieren; das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses ist als Prozeßvoraussetzung für Anfechtungsklagen deshalb von größerer Bedeutung als das Vorliegen eines Verwaltungsaktes.¹⁾

Die Begriffe "Grundverhältnis" und "Betriebsverhältnis" veranschaulichen manche Eigenart des Besonderen Gewaltverhältnisses. Sie sollen im Folgenden z. B. verwendet werden, um Unterschiede in Bezug auf das Rechtsschutzbedürfnis oder auf den Ermessensspielraum deutlich zu machen. In Bezug auf die Verwaltungsakteigenschaft von Anstaltsmaßnahmen sagen die Begriffe Grund- bzw. Betriebsverhältnis jedoch nichts aus.

c) Der Meinung Thiemes, die meisten Anstaltsmaßnahmen seien potentiell bereits vom Verwaltungsakt der Eingliederung mit umfaßt gewesen und brächten ihrerseits keine neuerliche Rechtsveränderung mehr mit sich, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Mit dieser Argumentation könnte man den Begriff des Verwaltungsaktes nämlich auch für das allgemeine Gewaltverhältnis aus den Angeln heben. Denn auch im allgemeinen Gewaltverhältnis ist bereits generell durch die Gesetze ein Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen der Staat Maßnahmen gegen die Staatsbürger treffen kann. Seit seiner Geburt steht der Staatsbürger in einem Rechtsverhältnis, das z. B. die Möglichkeit vorsieht, ihn durch die Polizei in Gewahrsam nehmen zu lassen, falls er vorhaben sollte, ein Verbrechen zu begehen (vgl. in Bayern Art. 18, 1 PAG). Dennoch ist die Maßnahme, durch die die Polizei ihn in Gewahrsam nimmt, falls der genannte Fall eintreten sollte, ein Verwaltungsakt, und zwar auch dann, wenn die Maßnahme rechtmäßig ist. Es ist für den rechtmäßigen Verwaltungsakt überhaupt typisch, daß er nur etwas konkretisiert, was generell durch den größeren Rahmen der Rechtsordnung bereits vorgesehen ist. Das gilt sowohl für das allgemeine wie für das besondere Gewaltverhältnis. Der Verwaltungsakt der Eingliederung umfaßt nicht selbst alle später im Anstaltsverhältnis ergehenden rechtmäßigen Maßnahmen, sondern erweitert nur den Rahmen, innerhalb dessen der Staatsbürger mit den durch die Rechtsordnung vorgesehenen Maßnahmen rechnen muß. Jede Einzelmaßnahme, welche die allgemein umrissenen Rechtsbeziehungen konkretisiert, ist ihrerseits Verwaltungsakt.

1) Siehe darüber unter § 8.

Für den Begriff des Verwaltungsaktes ergeben sich aus dem Institut eines Besonderen Gewaltverhältnisses keine Besonderheiten mehr. Es spielt dabei auch keine Rolle, ob der Gewaltunterworfenen freiwillig oder unfreiwillig in das betreffende Besondere Gewaltverhältnis eingetreten ist. Der Begriff des Verwaltungsaktes hat mit subjektiven Merkmalen wie Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit nichts zu tun. Auch aus der Freiwilligkeit des Eintrittes kann auf einen konkludent erklärten Rechtsschutzverzicht nicht geschlossen werden; denn der Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. IV GG gewährt, ist unverzichtbar.¹⁾

1) Lerche, Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1954, S. 626 - 632;

Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, S. 795;

LVG Münster, Urteil vom 6. 7. 1951 - 1 a K 294/51 - in DVBl. 1953/ S. 27.

§ 7) Verwaltungsakte im Schulverhältnis

Es stellt sich nun die Aufgabe, die verschiedenen Maßnahmen die im Schulverhältnis alltäglich gegenüber Eltern und Schülern ergehen, dem allgemeinen Begriff des Verwaltungsaktes zuzuordnen. Die Fragestellung lautet also: Können die Einzelmaßnahmen im Schulverhältnis als Handlungen einer Verwaltungsbehörde in Betätigung hoheitlicher Gewalt mit unmittelbar rechtserheblicher Wirkung angesehen werden?

1. Die Schule als hoheitlich handelnde Verwaltungsbehörde.

1.) Das Schulrecht war im Laufe seiner Entwicklung so lange von den Begriffsbildungen des öffentlichen Rechtes isoliert, daß teilweise schon daran gezweifelt wurde, ob das öffentliche Schulwesen überhaupt dem Bereich der öffentlichen Verwaltung angehöre. Werner¹⁾ gibt zu bedenken, daß auf dem Gebiete des Bildungswesens doch der Sache nach gar nichts "verwaltet" werde. Diese Einsicht sei lediglich durch die Überwucherung des Bildungswesens mit einem - wenn auch unvermeidlichen - Verwaltungsapparat verdeckt worden. Nur weil der moderne Begriff der Verwaltung allzu farblos sei und praktisch nur im Wege der Subtraktion von den andern Funktionen des öffentlichen Lebens gewonnen werde, könne es so weit kommen, daß unter diesem Begriff Tätigkeitsbereiche vereinigt würden, die substantiell mit "Verwaltung" nichts zu tun hätten. Werner erinnert daran, daß alte chinesische Staatsweisheit neben der Gesetzgebung, der Verwaltung, der Rechtssprechung und dem Zensoramt als fünften Zweig der öffentlichen Gewalt auch ein selbständiges Prüfungsamt anerkannt habe. In Anlehnung daran bildet Werner den Begriff der "Prüfungsgewalt", die ähnlich wie die Rechtssprechung in Erkenntnisakten tätig werde und bei der es sich - wenn man sie schon unter den Begriff der Verwaltung bringen wolle - keinesfalls um rechtsgebundene Verwaltung handeln könne. Eine Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte soll auf dem Gebiete des Prüfungswesens ausgeschlossen sein.

2.) Diese Auffassung Werners von einer nicht rechtsgebundenen Prüfungsgewalt²⁾ hat jedoch keine Anhänger gefunden, da sie sich nach dem geltenden Recht nicht begründen läßt. Ebenso wie der Begriff des Verwaltungsaktes, so erfährt auch der Begriff der Verwaltung selbst von Art. 19 Abs. IV GG her seine Prägung. Der dort gewährleistete umfassende Rechts-

1) Anmerkung zum Urteil des bayer. VGH vom 12. 10. 1951 in DVBl. 1952, S. 342

2) die für das Schulwesen im übrigen von vornherein nur insoweit eine Rolle spielt, als schulische Maßnahmen in Form von Prüfungen und Leistungsbewertungen ergehen; das ist nur zu einem Teil der Fall.

schutz erstreckt sich auf alle Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt. Was dabei die Gewalt außerhalb von Rechtssetzung und Rechtsprechung betrifft, so läßt sich nichts ersehen, was eine Aufteilung in "Verwaltung im engeren Sinn" und "sonstige Gewalt außerhalb von Rechtssetzung und Rechtsprechung" rechtfertigen könnte. Einer solchen Auslegung steht außerdem Art. 20 Abs. II S. 2 GG entgegen, der nach Maßgabe des rechtsstaatlichen Gewaltenteilungsgrundsatzes die gesamte Staatsgewalt nur in drei Gewalten aufteilt, nämlich in Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt. ¹⁾ Jedes öffentlichrechtliche Tätigwerden der Staatsgewalt muß einer dieser drei Gewalten zugeordnet werden können. Dabei liegt es in der Eigenart der vollziehenden Gewalt, daß sie sich im Gegensatz zu den andern beiden Gewalten am schwersten positiv definieren, sondern allenfalls beschreiben läßt. ²⁾ Die Mannigfaltigkeit, in der sich die einzelnen Verrichtungen der vollziehenden Gewalt ausfächern, "spottet der einheitlichen Formel" ³⁾. Der Begriff der Verwaltung, der alle diese mannigfaltigen Tätigkeitsbereiche in sich vereinen will, muß damit zwangsläufig farblos werden. Er ist aber präzise genug, wenn er in Durchführung des Gewaltenteilungsprinzips alle diejenigen Betätigungen der Staatsgewalt umfaßt, die nicht Rechtssetzung und Rechtsprechung sind. Die Errichtung und Führung von Schulen ist eine staatliche Aufgabe außerhalb von Rechtssetzung und Rechtsprechung ⁴⁾, die Tätigkeit des Staates zur Erfüllung dieser Aufgabe ist Verwaltungstätigkeit. ⁵⁾

Die Besonderheiten des Prüfungswesens rechtfertigen - jedenfalls de lege lata - nicht die Einführung einer selbständigen Prüfungsgewalt. ⁶⁾ Diese Be-

1) Darauf weist das BVerwG in seiner ablehnenden Stellungnahme zur Meinung Werners im Urteil vom 21. 1. 1955 - II C 177. 54 - BVerwGE Band 2 S. 22 ff hin

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 1

3) Forsthoff, aaO

4) Bayer, VGH, Urteil vom 18. 8. 1949 - Nr. 281 I 48 - in DVBl. 1950, S. 305 - 307

5) Bayer VGH, aaO

6) Insbesondere Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 101, hat - mit weiteren Nachweisen - begründet, daß die altchinesische Staatslehre im Zusammenhang mit einer selbständigen Prüfungsgewalt kein Vorbild für die Gegenwart sein könne. Das chinesische Prüfungswesen sei gleichzeitig auf einen irdischen und auf einen transzendenten Zweck zugeordnet gewesen; es könne nicht aus der Einmaligkeit der altchinesischen Seinsordnung herausgelöst werden.

sonderheiten sind im geltenden Recht nur dort zu berücksichtigen, wo sich die Frage stellt, wie weit eine gerichtliche Nachprüfung von wissenschaftlichen und pädagogischen Leistungsbewertungen in der Sache selbst gehen kann und darf. Das ist aber keine Frage, die sich im Zusammenhang mit dem Begriff der Verwaltung stellt, sondern die erst bei der Prüfung der Begründetheit einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage gegen staatliche Leistungsbewertungen auftaucht. Soweit die Lehre von der selbständigen Prüfungsgewalt in der Literatur Anhänger gefunden hat, heben diese jeweils hervor, daß diese Prüfungsgewalt keine Beschränkung des Umfanges, sondern nur der Intensität verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung meine.¹⁾ Die Klagen gegen Prüfungsentscheidungen sind also zulässig, können aber, weil eine eingehende Sachprüfung nicht möglich ist, unbegründet sein.²⁾

3.) Wenn somit das öffentliche Schul- und Prüfungswesen als Tätigkeitsbereich öffentlicher Verwaltung anzusehen ist, können die öffentlichen Schulen auch dem Begriff der Verwaltungsbehörde zugeordnet werden.

Eine Legaldefinition des Begriffs der Verwaltungsbehörde hätte sich in § 25 Abs. II der MRVO Nr. 165 gefunden:

"Verwaltungsbehörde im Sinne dieser Verordnung ist jede mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Geltungsbereich dieser Verordnung betraute deutsche Stelle, ohne Rücksicht auf ihre Rangstufe oder Besetzung, jedoch mit Ausnahme der Gerichte und Ämterstellen der Religionsgesellschaften."

Noch etwas weiter, nämlich die Gerichte für den Bereich der Justizverwaltung mit einbeziehend, definiert Obermayer³⁾:

"Verwaltungsbehörde ist jede Stelle eines mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteten Rechtssubjektes mit Ausnahme der gesetzgebenden Körperschaften, die durch eine organisatorisch-institutionelle Einheit und Selbständigkeit gekennzeichnet ist."

Auch bei den Schulen handelt es sich um Stellen eines mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteten Rechtssubjektes (- des Staates, der Gemeinde, des betreffenden Zweckverbandes -), die durch eine organisatorisch-institutionelle Einheit und Selbständigkeit gekennzeichnet sind. Die Vorstellung "Schule als Verwaltungsbehörde" mag dabei sicherlich manchen befremden, der in der Schule nur eine Stätte der Bildung, Unterrichtung und

1) Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis S. 171; Bachof, NJW 1953, S. 317

2) So das BVerwG im Urteil vom 21. 1. 1955, BVerwGE Band 2, S. 22 ff, und im Urteil vom 11. 7. 1958, in BayVBl. 1958, S. 350

3) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 67.

Erziehung, nicht aber eine Stelle der Verwaltung sieht. Die Meinung, Stätte der Erziehung und Verwaltungsbehörde seien ein gegensätzliches Begriffspaar, läßt sich jedoch wiederum nur aus der langen Isolierung erklären, in der sich das Schulrecht lange Zeit innerhalb des Verwaltungsrechtes befunden hatte. Denn in Wirklichkeit sind "Erziehen" und "Unterrichten" auf der einen Seite und "Verwalten" auf der andern Seite nur zwei verschiedene Bezeichnungen für dieselbe Sache, beide sinnvoll und beide zweckmäßig je nachdem, unter welchem Blickwinkel man diese Sache sieht. Von der Sache selbst her betrachtet, wird in der Schule erzogen und unterrichtet. Vom allgemeinen Verwaltungsrecht her gesehen, stellt dieses schulische Erziehen und Unterrichten eine Betätigung dar, mit der die Schule staatliche Verwaltungsaufgaben erfüllt. In diesem Sinn spricht Heckel¹⁾ von der "Doppelgleisigkeit der Schule", die einerseits eine Unterrichts- und Erziehungseinrichtung, andererseits aber eine mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraute Stelle sei, die über die Macht einer Verwaltungsbehörde verfüge.²⁾

4.) Die Verwaltungstätigkeit, die von den Schulen ausgeübt wird, stellt sich als die Betätigung hoheitlicher Verwaltung dar. Die Schulen werden in der Form von unselbständigen öffentlichen Anstalten, also als Besondere Gewaltverhältnisse betrieben. Damit wird schon durch den Begriff selbst ausgesagt, daß das Schulverhältnis durch einen verstärkten Grad der Unterworfenheit der Schulbenutzer unter die hoheitliche Staatsgewalt gekennzeichnet ist.³⁾ Auf Grund der bestehenden Schulpflicht kann der Schulbesuch sogar im Wege des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden,⁴⁾ Schulversäumnisse können sogar strafrechtlich geahndet werden.⁵⁾ Auch die freiwillig besuchten Schulen stehen unter der Schulaufsicht des Staates, Art. 7. I GG / Art. 130. I BV, die sich von ihrer geschichtlichen Entwicklung her definieren läßt als "Inbegriff der staatlichen Herrschaftsrechte über die Schule, nämlich die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Pla-

1) Schulrechtskunde, S. 337

2) Die Zuordnung der Schule zum Begriff der Verwaltungsbehörde nehmen z. B. vor:

Bayer VGH, Urteil vom 18. 8. 1949 - Nr. 281 I 48 - DVBl. 50, 305 ff
LVG Düsseldorf, Urteil vom 28. 5. 1954 - I K 42/54 - in DÖV 1954 / S. 696; OVG Münster, Beschluß vom 30. 6. 1954 - V B 114/54 - in DÖV 1954 / S. 700

In der Literatur siehe dazu Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 405

3) Siehe oben S. 47 - 49

4) In Bayern gemäß § 16 des Schulpflichtgesetzes v. 15. 1. 1952

5) In Bayern nach dem Gesetz über Ahndung der Schulversäumnisse vom 3. 9. 1949

nung und Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens"¹⁾). Bei Durchsetzung seiner Herrschaftsrechte zum Betrieb der weiterführenden Schulen tritt der Staat den Schulbenutzern genauso hoheitlich gegenüber wie beim Betrieb der Pflichtschulen. Die Schüler der freiwillig besuchten Schulen können zwar jederzeit die Schule verlassen; solange sie ihr aber angehören, sind sie einer Vielzahl hoheitlicher Anordnungen ausgesetzt, deren Befolgung mit schulischen Zwangsmitteln (z. B. Arrest) durchgesetzt werden kann. Die Schulbehörde kann darüber hinaus kraft ihrer hoheitlichen Gewalt einseitig darüber befinden, ob ein Schüler aus bestimmten Gründen die Schule verlassen muß und damit von einer Reihe von Berufen ferngehalten wird, die den vollständigen oder den erfolgreichen Besuch der betreffenden Schulart voraussetzen. Gerade die Schulaufsicht stellt ein bedeutendes Gebiet der öffentlichen Verwaltung dar, auf dem der Staat den Schulbenutzern hoheitlich eingreifend, gebietend, regelnd gegenübertritt.²⁾

II. Die unmittelbar rechtserhebliche Wirkung schulischer Einzelmaßnahmen.

In Literatur und Rechtsprechung ist immer wieder versucht worden, mit Hilfe der Besonderheiten des Schulwesens zu begründen, daß die schulischen Einzelmaßnahmen keine Rechtswirkung hätten. Dabei sollen hier nicht noch einmal die Meinungen diskutiert werden, welche die Rechtserheblichkeit schulischer Maßnahmen deshalb verneinen, weil es sich hierbei um Maßnahmen innerhalb eines Besonderen Gewaltverhältnisses handele.³⁾ Es ist schon oben⁴⁾ dargelegt worden, daß aus dem allgemeinen Institut eines Besonderen Gewaltverhältnisses für den Begriff des Verwaltungsaktes keine Ausnahmeregelungen herzuleiten sind.

Aber auch unabhängig von der Lehre vom Besonderen Gewaltverhältnis sind Argumente gegen die Rechtserheblichkeit schulischer Einzelmaßnahmen vorgebracht worden, und zwar insbesondere die folgenden:

1.) a) Die schulischen Einzelmaßnahmen sollen rechtlich irrelevant sein,

1) BVerwG. Beschluß vom 28. 12. 1957 - VII B 9. 57 - BVerwGE 6 / S. 101

2) Peters. Lehrbuch der Verwaltung, S. 405; Bayer, VGH, Urteil vom 18. 8. 1949 - Nr. 281 I 48 - in DVBl. 1950 / S. 305 - 307

3) So z. B. Reuter in DÖV 1954, S. 305 ff, S. 307; Thieme in NJW 1954, S. 1461/1462; OVG Lüneburg, Urteil vom 14. 8. 1953 - V OVG A 269/53 - in DVBl. 1953, S. 663 - 665

4) § 6 S. 52/57 ff/61

weil sie ausschließlich dem Gebiet der Pädagogik zugeordnet werden könnten.¹⁾ Sie seien deshalb auch nur pädagogisch, nicht rechtlich zu begründen. Die pädagogischen Erziehungsmaßnahmen gehörten somit zum Bereich des tatsächlichen Verwaltungshandelns²⁾, sie seien Realakte und nicht Verwaltungsakte. Lediglich wenn eine schulische Einzelmaßnahme gar nicht mehr pädagogisch begründet sei, sondern auf willkürlichen und sachfremden, z. B. politischen, rassistischen oder religiösen Motiven beruhe, verletze sie Rechte des Betroffenen und erhalte damit rechtserhebliche Wirkung.³⁾

b) Dieser Meinung sind im wesentlichen zwei Gegenargumente entgegenzusetzen:

aa) Die sachliche Zuordnung einzelner Maßnahmen innerhalb eines Lebensverhältnisses zu einem bestimmten Lebensbereich sagt nichts über die rechtliche Qualität dieser Maßnahme aus.⁴⁾ In jedem Lebensverhältnis werden die von den Angehörigen dieses Lebensverhältnisses getroffenen Maßnahmen durch seinen Zweck und durch die dieses Verhältnis beherrschenden Grundsätze bestimmt.⁵⁾ Im Privatrecht erfolgen z. B. der Rücktritt von einem Kaufvertrage in der Regel aus wirtschaftlichen, die Kündigung eines Arbeitnehmers oft aus betriebswirtschaftlichen Gründen. Dennoch handelt es sich hierbei unbestritten um Rechtsgeschäfte. Ähnlich verhält es sich mit der Rechtsnatur öffentlichrechtlicher Maßnahmen. Die Anordnung der Impfung orientiert sich ausschließlich an außerrechtlichen, nämlich medizinischen Grundsätzen. Dennoch berührt sie mit der Auferlegung eines hoheitlichen Gebotes den Rechtskreis des Adressaten und ist ein Verwaltungsakt. Auch im Wirtschaftsrecht können wirtschaftlich begründete Maßnahmen rechtlich als Verwaltungsakte anzusehen sein. So ist auch die Pädagogik lediglich der Gegenstand, an dem die Sachlichkeit der Schulentscheidungen beurteilt wird. Sie steht aber, von der öffentlichen Schulgewalt gehandhabt, nicht in

1) OVG Rheinland, Pfalz, Urteil vom 18. 12. 1953 - 2 A 64/53 - in NJW 1953, S. 1461 - 1463; Heckel, Schulrechtskunde S. 337, unterscheidet in Anlehnung an die Theorie vom Besonderen Gewaltverhältnis zwischen den pädagogischen Maßnahmen des inneren Schulbetriebes und andern Maßnahmen, die zugleich echte Verwaltungsakte seien.

2) OVG Lüneburg, Urteil v. 14. 8. 1953 - V OVG A 269/53 - DVBl. 53/663-665.

3) Auch für den Fall der Anerkennung einer selbständigen Prüfungsgewalt vertritt Werner, DVBl. 1952, S. 342 die Meinung, daß willkürliche Entscheidungen die Prüfungsgewalt verlassen und rechtlich ein "Hinüberwechseln in eine Verwaltungsangelegenheit" darstellen.

4) Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 146

5) Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 146

einem begrifflichen Gegensatz zu der von der Rechtsordnung als Verwaltung bezeichneten Tätigkeit.¹⁾ Die Tatsache, daß eine Schulentcheidung pädagogisch begründet ist, schließt nicht aus, daß sie - soweit die übrigen Merkmale des Verwaltungsaktes vorliegen - eben auch ein Verwaltungsakt ist.²⁾

bb) Ein und dieselbe öffentliche Einzelmaßnahme gewinnt bzw. verliert nicht je nach ihrer Begründung die Eigenschaft eines Verwaltungsaktes.³⁾ Eine bestimmte Schulmaßnahme, wie etwa der Beschluß über die Versetzung eines Schülers von einer Klasse in die nächsthöhere, ist nicht solange Nicht-Verwaltungsakt, wie er pädagogisch richtig begründet ist, und wird nicht erst dann zum Verwaltungsakt, wenn er unsachlich begründet ist. Wie schon bei den Versuchen einer Grenzziehung zwischen Verwaltungsakten und Nicht-Verwaltungsakten im BesonderenGewaltverhältnis, schleicht sich auch hier die Gefahr einer Verquickung von Rechtserheblichkeit und Rechtswidrigkeit einer Maßnahme ein. Eine Maßnahme, die Rechte zu verletzen geeignet ist, ist immer rechtserheblich, ob sie nun im Einzelfalle rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Bei fehlerhafter Begründung wechselt eine solche Maßnahme also nicht vom Bereich der Pädagogik in den Verwaltungsbereich, sondern vom Bereich der Rechtmäßigkeit in den Bereich der Rechtswidrigkeit hinüber. Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit sind keine Kriterien für den Begriff des Verwaltungsaktes, sondern entscheiden lediglich über Begründetheit oder Unbegründetheit einer - in jedem Falle zulässigen - verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage.⁴⁾

2.) a) Mit noch einer anderen Begründung wendet sich das OVG Rheinland-Pfalz⁵⁾ gegen die Meinung, daß schulische Einzelmaßnahmen unmittelbar rechtserhebliche Wirkung haben könnten. Das OVG geht dabei davon aus, daß Inhalt und Grenzen der Persönlichkeitsentfaltung eines Kindes überhaupt erst durch den Erziehungsberechtigten, das sei im Schulbereich durch die Schule, festgelegt wurden. Das OVG fährt fort: "Ergibt sich aber aus den Anordnungen des Erziehungsberechtigten überhaupt erst der Umfang der dem Kind möglichen Persönlichkeitsentfaltung, so ist ein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Kindes durch erzieherische Anordnungen aus-

1) Thieme, Anmerkung zum Urteil des OVG Rheinland-Pfalz vom 18. 12. 53, in NJW 1954, S. 1461 - 1462

2) Thieme, aaO

3) Hierzu ausführlich das LVG Düsseldorf im Urteil v. 28. 5. 1954 - 1 K 42/54 -, in DÖV 1954/S. 697; ebenso das BVerwG im Urteil v. 10. 12. 1954 - II C 194. 53 - in BVerwGE Band 1, S. 260 ff.

4) So auch das BVerwG im Urteil vom 10. 12. 1954 - II C 194. 53 - aaO

5) Urteil vom 18. 12. 1953 - 2 A 64/53 - in NJW 1954, S. 1461-1463

geschlossen." Dies gelte zwar nur für die erzieherisch zulässigen Maßnahmen, aber es müsse in diesem Zusammenhang davon ausgegangen werden, "daß ein seinem äußeren Charakter nach generell taugliches Erziehungsmittel auch durch den Erziehungszweck gedeckt und damit als zulässig zu bewerten ist, ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfalle die Anwendung eines solchen Erziehungsmittels sachlich gerechtfertigt ist oder nicht."

Die Frage nach der sachlichen Berechtigung der angewandten pädagogischen Maßnahme könne wegen der zahlreichen Differenzierungen feinsten Art in der Regel ohnehin nur vom Erziehungsberechtigten selbst beantwortet werden. Erst Erziehungsmittel, die schon generell untauglich seien, wie etwa übermäßig harte oder sinnlose Strafen, könnten überhaupt zu Verletzungen von Persönlichkeitsrechten des Kindes führen. Das gelte allenfalls auch für Nichtversetzungsbeschlüsse, die dem Zwecke einer bewußten Benachteiligung des Schülers dienen sollten.

b) Auch dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, daß sie nicht zwischen Rechtserheblichkeit und Rechtswidrigkeit einer Erziehungsmaßnahme unterscheidet. Es ist gewiß richtig, daß der Erziehungsberechtigte mit erzieherisch zulässigen Maßnahmen erst die Grenzen für die Persönlichkeitsentfaltung des Kindes zieht und deshalb mit der gleichen Maßnahme diese Persönlichkeitsrechte nicht verletzen kann. Dennoch ist diese Maßnahme, eben weil sie die Grenzen der Persönlichkeitsentfaltung festsetzt, auf jeden Fall rechtserheblich. Das ist sie auch deshalb, weil sie in andern Fällen rechtswidrig sein kann, wenn sie die Grenzen in einer verfassungsmäßig unzulässigen Weise zieht. Im übrigen hat es die Schule als "Erziehungsberechtigte" auch nicht nur mit den Rechten der zu erziehenden Kinder, sondern stets auch mit dem Elternrecht zu tun.¹⁾ Sobald sich die Schule mit einer Erziehungsmaßnahme einem Kinde gegenüber mehr Rechte herausnimmt, als ihr von der Rechtsordnung zugestanden sind, verletzt sie auch das natürliche Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 Abs. II GG).

Die Unterscheidung zwischen "generell tauglichen" Erziehungsmaßnahmen und "generell untauglichen" Erziehungsmaßnahmen sagt also ebenfalls nichts über die Rechtsnatur dieser Erziehungsmaßnahmen aus. Sie spielt erst für die Frage nach der Begründetheit einer Anfechtungsklage insoweit eine Rolle, als die Klage gegen eine generell untaugliche Erziehungsmaßnahme in jedem Fall begründet sein wird. Bei der Anfechtungsklage gegen eine Erziehungsmaßnahme, die generell tauglich ist, ist es für den Kläger schwieriger, Gründe darzutun, warum im konkreten Fall diese Erziehungsmaßnahme rechtswidrig gewesen sein soll. Soweit man angesichts des verwaltungsgerichtlichen Untersuchungsgrundsatzes (§86VwGO) davon sprechen kann, liegt

1) Siehe dazu unten § 10, S. 93 ff

hier eine Art "Beweislast"-Problem vor.¹⁾ Während es bei generell untauglichen Maßnahmen auf der Hand liegt, daß sie auf ermessensfehlerhaften Erwägungen beruhen, wird es bei generell tauglichen Maßnahmen nicht ohne weiteres ersichtlich sein, ob sie im konkreten Fall nicht ebenfalls auf ermessensfehlerhaften Erwägungen beruhen. Der Schulbehörde wird es im letzteren Falle leichter fallen, ihre sachwidrigen Motive, auf Grund deren sie die betreffende Maßnahme in Wirklichkeit erlassen hat, hinter sachgemäßen Motiven zu verbergen, die aber in Wirklichkeit für ihre Entscheidung nicht ausschlaggebend waren. Diese Schwierigkeiten bei der tatsächlichen Erforschung des Sachverhaltes ändern aber nichts daran, daß auch die generell tauglichen Erziehungsmaßnahmen ihrer Rechtsnatur nach Verwaltungsakte sein können.

III. Beispiele für Verwaltungsakte und Nicht-Verwaltungsakte im Schulverhältnis.

Die Schule kann als hoheitlich handelnde Verwaltungsbehörde Einzelmaßnahmen mit unmittelbar rechtserheblicher Wirkung, d. h. Verwaltungsakte erlassen. Irgendwelche schulischen Besonderheiten begründen keine Ausnahmen vom Begriff des Verwaltungsaktes. Die Einzelmaßnahmen im Schulverhältnis sind also, will man ihre Rechtsnatur feststellen, ausschließlich am allgemeinen Begriff des Verwaltungsaktes zu messen.²⁾

1.) Zwischen der Schule und den Schulbenutzern, das sind in erster Linie die Schüler, in gewisser Weise auch deren Eltern, besteht ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis.³⁾ Rechtserheblich sind damit alle Hoheitsmaßnahmen, die dieses Rechtsverhältnis betreffen, sei es, daß sie es begründen, beenden oder in wesentlichen Punkten modifizieren. Das entspricht der herrschenden Lehre, denn auch nach der überkommenen Auffassung haben solche Maßnahmen "Außenwirkung" bzw. berühren sie, - nach der Lehre Ules - das "Grundverhältnis".⁴⁾ Es ist für den Schüler rechtserheblich, ob sein allgemeiner Rechtskreis in der Weise erweitert wird, daß er in ein Rechtsverhältnis zu einer Schule eintritt, ob sich sein Rechtskreis in der Weise verengt, daß seine Rechtsbeziehungen zur Schule wieder fortfallen, oder ob das Rechtsverhältnis zur Schule selbst eine Änderung erfährt.

Verwaltungsakte im Schulverhältnis sind somit:

a) Die Entscheidung der Schule über die Aufnahme eines Schülers.

Es ist für Schüler und Eltern rechtserheblich, ob das von ihnen zur Unterrich-

1) Siehe dazu unten, § 19, S. 178

2) Rehmer, Verwaltungsgewaltliche Probleme des Schülerrechts, in DÖV 1958, S. 437 - 445 / S. 438

3) So das BVerwG in den beiden Schulrechtsurteilen vom 10. 12. 1954 - II C 194. 53. BVerwGE Bd. 1, 260 ff und II C 31. 54. BVerwGE Bd. 1, 263

4) Siehe oben, § 6, S. 54; Rehmer in NJW 1958, S. 232/233

tung und Erziehung des Schülers angestrebte Rechtsverhältnis zustande kommt oder nicht. Bei der Entscheidung über die Aufnahme in eine weiterführende Schule kommt noch hinzu, daß die Zulassung zu dieser Schule für den Schüler die Möglichkeit eröffnet, nach erfolgreichem Besuch der Anstalt die Reifeprüfung abzulegen und damit die weitere Möglichkeit zu erhalten, ein Studium zu ergreifen und Berufe auszuwählen, die eine bestimmte Vorbildung voraussetzen. 1)

Die Entscheidung, mit der die Aufnahme eines Schülers in eine Schule abgelehnt wird, ist ein Verwaltungsakt ohne Rücksicht darauf, wie sie begründet wird, ob mit dem mangelhaften Ergebnis einer abgelegten Aufnahmeprüfung, mit dem Fehlen von Platz oder mit ähnlichem. 2)

Umgekehrt ist auch die Schulentcheidung ein Verwaltungsakt, mit der positiv festgelegt wird, welche weiterführende Schule der Schüler zu besuchen hat. Das ist der Fall bei einer sogenannten "positiven" Auslese, die Schülern und Eltern nicht mehr die Wahl läßt, welche weiterführende Schule der Schüler durchlaufen soll, sondern mit der von Staats wegen bestimmt wird, welcher Schulzweig der Eignung des Schülers am besten entspricht. Denn wenn sich der Schüler auch bereits entschlossen hat, eine weiterführende Schule zu besuchen, so ist es doch rechtserheblich, welche Schulart für ihn festgelegt wird. Denn erst mit der Festsetzung der Schulart erfährt das angestrebte Rechtsverhältnis zu einer weiterführenden Schule die eigentliche rechtliche Ausgestaltung. 3)

1) Mit diesen Ausführungen begründet das BVerwG die Rechtserheblichkeit der Entscheidung über die Zulassung eines Schülers zu einer weiterführenden Schule; Urteil v. 29. 6. 1957, - II C 105. 56 - BVerwGE Band 5 S. 153; ebenso schon das OVG Hamburg als Berufungsgericht in dieser Sache, Urteil v. 12. 3. 1956 - OVG Bf II 83/55 - NJW 56/1173

2) Die Aufnahmeentscheidung wird als VA angesehen von:

BVerwG, Urteil v. 29. 6. 1957 - II C 105. 56 - BVerwGE Bd. 5/153; OVG Hamburg, Urteil v. 12. 3. 1956 - OVG Bf II 83/55 - NJW 56/1173; OVG Lüneburg, Urteil v. 15. 4. 1955 - V OVG A 186/54, in VerwRspr. 8/S. 399; Hess. VGH, Urteil v. 17. 12. 1954 - OS II 71/54, in DÖV 1956. S. 628-631; LVG Hamburg, Urteil v. 11. 12. 1952 - VII a VG 1574/52, in MDR 1953, S. 189; LVG Minden, Urteil v. 30. 7. 1951 in JZ 1954. S. 490; Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 154; Heckel, Schulrechtskunde, S. 335

3) Die Aufnahmeentscheidung als Verwaltungsakt auch bei der besonderen Spielart des positiven Ausleseverfahrens insbesondere bei:

OVG Hamburg, Urteil v. 16. 4. 1953 - OVG Bf II 28/53 - in DVBl 1953, S. 506 - 511; OVG Berlin, Urteil v. 1. 12. 1954 - OVG I B 97/54 - in OVGfE Band 3, S. 146 - 162; Rehmert in NJW 1958, S. 232 - 233

Darüber, daß der Verwaltungsakt der positiven Auslese das Elternrecht verletzt, unten § 10, S. 102/103

b) Die Entscheidung der Schule, mit der das Schulverhältnis beendet wird.

Das ist zunächst die Entscheidung, die das Schulverhältnis gegen den Willen von Schülern und Eltern beendet, also der Akt der Verweisung von der Schule.¹⁾

Unmittelbar rechtserheblich ist aber auch der Ausspruch, mit welchem Ergebnis das Schulverhältnis beendet wird, selbst wenn diese Beendigung mit dem Willen von Schüler und Eltern erfolgt. Das ist bei Höheren Schulen in der Regel die Feststellung über das Bestehen der Reifeprüfung.²⁾ Das Schulverhältnis wird mit der Absicht begründet und durchlaufen, nach Ablauf der vorgesehenen Zeit in diejenige Rechtsposition einzurücken, die der erfolgreiche Besuch dieser Schule mit sich bringt. Die Aufnahme einer Reihe von Berufen wird von dem Vorhandensein einer bestimmten Vorbildung abhängig gemacht. Nicht selten gehört es dabei zu den "subjektiven Zulassungsvoraussetzungen"³⁾, daß der Bewerber für einen bestimmten Beruf den Nachweis über den erfolgreichen Abschluß einer bestimmten Schulart, insbesondere über die erfolgreiche Ablegung der Reifeprüfung, erbringen muß. Die Zulassung zum Universitätsstudium wird ebenfalls in der Regel von der erfolgreichen Ablegung der Reifeprüfung abhängig gemacht. Der Ausspruch der Schule, daß der Schüler nach Abschluß der Schulzeit aus der Schule entlassen werde, ohne daß er das von dieser Schule vorgesehene Schulziel erreicht habe, ist somit rechtserheblich; denn er beinhaltet die Feststellung, daß dem Schüler keine rechtlichen Ansprüche auf die Ergriffung ganz bestimmter Berufe zustehen. Wird dem Schüler dagegen gestattet, die Reifeprüfung ein Jahr später zu wiederholen, so liegt die Rechtserheblichkeit des Ausspruches, daß er die Reifeprüfung nicht bestanden habe, eben darin, daß der Schüler ein ganzes Jahr verliert. Das Rechtsverhältnis zur Schule, das auf eine genau festgesetzte Dauer berechnet war,

1) Die Verweisung von der Schule als VA z. B. bei BVerwG, Urt. v. 10. 12. 54 - II C 31. 54 - BVerwGE Bd. 1, S. 263; OVG Münster, Urt. v. 13. 2. 1957 - V'A 229/56 - in OVGE Münster und Lüneburg, Bd. 12, S. 133 - 141.

Oelzte in NJW 1955, S. 765; Heckel, Schulrechtskunde, S. 335

2) Die Entscheidung über das Bestehen der Reifeprüfung als VA z. B. bei: OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 16. 5. 1956 - 2 C 62/55 in DÖV 1956, S. 631; OVG Berlin, Urt. v. 18. 4. 1956 - OVG I B 9. 56 - in OVGE Berlin Bd. 4, S. 83 - 89; VG Freiburg, Urt. v. 1. 4. 1955 - V S 86/55 - in DÖV 1956, S. 634; Ule, Das Bes. Gew. V., S. 154

3) die trotz der Freiheit der Berufswahl gem. Art. 12 GG nach der h. M. für die B e r u f s a u f n a h m e zulässig sind; vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 132

wird mit dieser Verlängerung wesentlich verändert.¹⁾

- c) Die Entscheidung über die Versetzung eines Schülers von einer Klasse in die nächsthöhere.

Die Rechtsnatur der Versetzungsentscheidung ist lange umstritten gewesen. Bei dem gemeinsamen Ausgangspunkt, daß das Besondere Gewaltverhältnis Besonderheiten für den Begriff des Verwaltungsaktes aufweise, ist es gerade beim Versetzungsbeschluß zu Meinungsverschiedenheiten gekommen, auf welcher Seite der gedachten Grenze er anzusiedeln sei: Außen- oder Innenwirkung, Grund- oder Betriebsverhältnis?²⁾ Auch die andern für das Schulwesen angenommenen Besonderheiten in Bezug auf die Rechtsnatur von Einzelmaßnahmen sind gerade beim Versetzungsbeschluß herausgestellt worden: Der Versetzungsbeschluß sei eine pädagogische, außerrechtliche Bildungs- und Erziehungsmaßnahme³⁾; er bestimme als generell taugliche schulische Erziehungsmaßnahme selbst erst die Grenzen, in denen für den Schüler eine Entfaltung seiner Persönlichkeit im Rahmen des Schulbetriebes überhaupt möglich sei; deshalb könne dieser Beschluß schon begrifflich die Verletzung von Persönlichkeitsrechten des Schülers oder die Begründung rechtlicher Beziehungen nicht zur Folge haben.⁴⁾

Es ist oben⁵⁾ schon dargelegt worden, daß alle schulischen Besonderheiten für den Begriff des Verwaltungsaktes keine Ausnahmen schaffen. Eine Grenzziehung zwischen einer allgemeinen und einer besonderen Gewalt, zwischen

- 1) Auch außerhalb der Rechtsprechung über die Rechtsnatur der Reifeprüfungsentscheidung gehört es heute zur herrschenden Lehre, daß es sich bei staatlichen Prüfungsentscheidungen um Verwaltungsakte handelt. Vgl. z. B.: BVerwG, Urt. v. 21. 1. 1955 - II C 177/54 - BVerwGE Bd. 2, S. 22 ff; BVerwG, Urt. v. 11. 7. 1958 - VII C 98. 57 - BVerwGE Bd. 7, S. 153 ff; BVerwG, Urt. v. 11. 7. 1958 - VII CB 132. 57 - in BayVBl. 58, S. 350; BVerwG, Urt. v. 28. 11. 1957 - II C 50. 57 - BVerwGE Bd. 6, S. 33; Bayer. VGH, Urt. v. 19. 7. 1950 - Nr. 19 III 50 - 1 - -, in DVBl. 1951, S. 147-148; OVG Lüneburg, Urt. v. 22. 8. 1950 - II OVG A 342/50 - in DVBl. 1951, S. 147; LVG Rheinland-Pfalz, Urtl. v. 22. 4. 1952 - 2 C 2/52 - in NJW 1953, S. 317; OVG Münster, Beschluß vom 28. 10. 1952 - VII B 493/52 - in MDR 1953/S. 253; Thieme, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Entscheidungen in Schul-, Ausbildungs- und Prüfungssachen in NJW 1954, S. 742 ff.
- 2) Die Begründung, der Versetzungsbeschluß sei kein VA, weil er eine Einzelanordnung innerhalb eines Besonderen Gewaltverhältnisses darstelle, findet sich z. B. bei OVG Lüneburg Urt. v. 14. 8. 1953 - V OVG A 269/53 in DVBl. 1953/663-665; ebenso Thieme, NJW 1954/1461 - 1462;
- 3) So Oeltze in NJW 1955, S. 763; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 18. 12. 1953 - 2 A 64/53 - in NJW 1954, S. 1461 - 1463
- 4) OVG Rheinl. - Pfalz, Urt. v. 18. 12. 1953 - 2 A 64/53 - in NJW 1954, S. 1461-1463
- 5) S. 52 - 61, S. 66ff; S. 69 ff

einem inneren und einem äußeren Rechtskreis ist nicht möglich. Die Schüler unterliegen, wie alle Staatsbürger, der allgemeinen Staatsgewalt, die ihnen in ihrer Eigenschaft als Schulbenutzer lediglich besonders häufig und besonders intensiv gegenübertritt. Die Pädagogik steht nicht im Gegensatz zum Recht, sondern sie ist der Gegenstand, an dem sich rechtliche Schulentscheidungen inhaltlich orientieren. Wenn der Versetzungsbeschluß auch erst die Grenze bestimmt, innerhalb welcher der Schüler seine Persönlichkeitsrechte im Rahmen der Schulgemeinschaft entfalten kann, so ist er doch gerade deshalb rechtserheblich; denn es berührt die rechtliche Stellung von Schülern und Eltern, wenn der Staat die Grenzen der Persönlichkeitsrechte der Schüler absteckt. Ein Angriff gegen diesen Beschluß muß ja gerade mit der Begründung möglich sein, daß der Staat diese Grenzen nicht richtig gezogen habe; daß er sich den Eltern gegenüber mehr Rechte herausgenommen habe, als ihm von Rechts wegen zugestanden seien.

Der Versetzungsbeschluß ist unmittelbar rechtserheblich, weil er das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen Schule und Schüler wesentlich umgestaltet. Es ist nicht nur ein rein tatsächlicher Unterschied, welcher Unterrichtsstoff einem Schüler in seiner Schule geboten wird.¹⁾ Zum wesentlichen Inhalt des Schulverhältnisses gehört auch die Festsetzung seiner Dauer. Wer in ein Rechtsverhältnis z. B. zu einer höheren Schule eintritt, tut dies mit der Absicht, dieses Rechtsverhältnis nach einer genau voraussehbaren Zeit mit einem erfolgreichen Schulabschluß wieder zu beenden. Der Beschluß, daß der Schüler ein Schuljahr zu wiederholen habe, verändert das Rechtsverhältnis durch die Verlängerung um ein Jahr. Dieser Beschluß ist deshalb genauso rechtserheblich, wie es im Zivilrecht unstreitig eines Rechtsgeschäftes bedarf, wenn ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis verlängert werden soll.

Das Schulverhältnis kann zwar trotz einer Nichtversetzung zur vorgesehenen Zeit beendet werden, falls der Schüler auf den Besuch der letzten Klasse verzichtet. In diesem Fall liegt die Rechtserheblichkeit des Nichtversetzungsbeschlusses darin, daß der Schüler das angestrebte Abschlußzeugnis nicht erhält. Der Nichtversetzungsbeschluß hat also in jedem Falle Rechtswirkungen; Entweder verändert er das Rechtsverhältnis zur Schule durch dessen Verlängerung, oder er führt, falls eine Verlängerung nicht in Kauf genommen wird, zu einem zwar rechtzeitigen, aber nicht erfolgreichen Abschluß des Schulverhältnisses.²⁾

1) So aber das OVG Lüneburg, Urt. v. 14. 8. 1953 - V OVG A 269/53 - in DVBl. 1953, S. 663 - 665

2) Es kann nunmehr wohl als herrschende Meinung gelten, daß der Versetzungsbeschluß einen VA darstellt. Auch wo zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden wird spricht man dem Versetzungsbeschluß auf

2.) Den Entscheidungen der Schule, die das Rechtsverhältnis zu Schülern und Eltern besonders intensiv berühren, indem sie es begründen, beenden oder in wesentlichen Punkten umgestalten, stehen "die Entscheidungen und Maßnahmen des schulischen Alltags"¹⁾ gegenüber.

Die Lehrer unterrichten und verlangen von den Schülern, daß sie für die Schule tätig sind, indem sie den gebotenen Unterrichtsstoff verarbeiten, Hausaufgaben anfertigen, Klassenarbeiten schreiben, Turnübungen ausführen usw. Die mündlichen und schriftlichen Leistungen während des laufenden Schuljahres werden bewertet. Es ergehen laufend Anordnungen über das Verhalten der Schüler in der Schule - (diszipliniertes und ordentliches Auftreten, Sorge für die Reinlichkeit der Schulklassen, Durchführung von Arbeiten für die Schülbücherei) - und außerdem der Schule - (Verbot des Besuches bestimmter Veranstaltungen, des Wirtshausbesuches ab einer bestimmten Uhrzeit, Gebot des Besuches einer bestimmten Ausstellung) -. In bestimmten Fällen werden Schulstrafen erteilt, sei es durch Erteilung mündlicher oder schriftlicher Rügen, durch die Androhung der Schulentlassung oder durch die Androhung und Durchführung von Arresten.²⁾

a) Es entspricht der wohl noch herrschenden Lehre, daß keiner dieser Maßnahmen des laufenden Schulbetriebes die Eigenschaft von Verwaltungsakten zuerkannt wird. Ausgehend von der Grenzziehung innerhalb der Besonderen Gewaltverhältnisse, besteht Einigkeit darin, daß alle diese Maßnahmen auf jeden Fall nur Innenwirkung haben bzw. daß es sich lediglich um rechtlich unerhebliche Betriebsakte handelt.³⁾

aa) Heckel⁴⁾ vertritt die Meinung, daß alle diese Maßnahmen zwar das

jeden Fall Außenwirkung zu. Vgl. z. B. : BVerwG, Urt. v. 10. 12. 1954 - II C 194, 53 - BVerwGE, Bd. 1, 260ff; VG Kassel, Urt. v. 15. 3. 1956 - II 9/56 - in DÖV 1956/S. 636; LVG Düsseldorf, Urt. v. 22. 9. 1955 - 1 K 2407/55 - in DÖV 1956, S. 635; OVG Hamburg, Urt. v. 6. 7. 1955 - Bf II 99/54 - in VerwRspr. Bd. 8, S. 547 ff; LVG Düsseldorf, Urt. v. 26. 11. 1953 - 1 K 33/53 - in DVBl. 1954, S. 583-584; LVG Düsseldorf, Urt. v. 28. 5. 54 - 1 K 42/54 - in DÖV 1954, S. 696; Ohne Unterscheidung von einem Innen und Außen im Anstaltsverhältnis bereits das LVG Münster, Urt. v. 6. 7. 51 - 1 a K 294/51 - in DVBl. 1953, S. 27.

Die Versetzungsentscheidung als VA ferner z. B. bei Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 155; Heckel, Schulrechtskunde, S. 335.

1) Heckel, Schulrechtskunde, S. 335

2) Weitere Beispiele für derartige Maßnahmen des laufenden Schulbetriebes bei Ule Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 161

3) Heckel in DVBl. 1957, S. 487; Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 161

4) Schulrechtskunde, S. 335

Schulklima bestimmen, indem sie den Schülern und Eltern das Leben angenehm oder unangenehm machen, daß sie jedoch ohne rechtliche Wirkung sind. Diese Maßnahmen sollen deshalb vom gerichtlichen Rechtsschutz ausgenommen sein. Wenn sich Eltern oder Schüler z. B. dadurch ungerecht behandelt fühlen, daß die Schule auf der Teilnahme an einer bestimmten Schulveranstaltung besteht, daß sie den Schüler nachsitzen läßt, daß sie ihm eine schlechte Note erteilt, daß sie Reinlichkeit und Ordnung von ihm verlangt, dann sollen sie ihr Recht nur durch Beschwerde bei der Schulaufsichtsbehörde suchen können. ¹⁾

bb) Ule²⁾ räumt ein, daß auch die "Betriebsakte" im Schulverhältnis eventuell Rechte von Schülern und Eltern verletzen könnten. Die Erteilung von Aufgaben könne rechtswidrig sein, wenn damit ausschließlich der Zweck verfolgt werde, die Schüler über ihre persönlichen und familiären Verhältnisse oder über die politischen Ansichten ihrer Eltern auszuforschen. Das Verbot an Schüler, in Zeitungen zu schreiben, sei rechtswidrig, weil es über Wesen und Zweck der Schule hinausgehe.

Entsprechend seiner Lehre, daß Betriebsakte in offenen Anstalten vom Begriff des Verwaltungsaktes ausgenommen seien, ³⁾ lehnt Ule auch für diese als rechtswidrig erkannten schulischen Betriebsakte die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung ab. ⁴⁾ Schüler oder Eltern, die Betriebsakte für rechtswidrig halten, sollen sich dagegen beschweren oder einfach unbeachtet lassen. Wenn die Schule auf Grund dieses Ungehorsams später mit Disziplinarmaßnahmen einschreite, berühre sie damit auf jeden Fall das Grundverhältnis. Gegen diese Disziplinarmaßnahmen könne man dann immer noch das Verwaltungsgericht um Rechtsschutz anrufen. Vorher aber solle das Vertrauensverhältnis zwischen Schule und Schulbenutzer nicht durch die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes gestört werden.

1) Ebenso schon Heckel in DÖV 1956, S. 586

2) Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 161

3) Siehe dazu oben S. 55 ff

4) Ule, aaO, S. 165, verweist hier auf eine ähnliche Erscheinung im französischen Recht. Auch die französische Rechtsprechung unterscheidet zwischen anfechtbaren actes administratifs, zu denen sie auch die Verweisung von einer Schule oder die Verweigerung der Versetzung zählt, und den mesures d'ordre intérieur, die verwaltungsgerichtlich unanfechtbar sind. Dahin rechnet die französische Rechtsprechung z. B. das Verbot an Schuler, ein Abzeichen mit den Nationalfarben in der Schule zu tragen, oder das Verbot an Schülerinnen einer Mädchenschule, in der Schule lange Hosen zu tragen.

Für Streitigkeiten aus dem schulischen Betriebsverhältnis unterstützt Ule¹⁾ deshalb lediglich einen Vorschlag Heckels²⁾, ein gesetzlich geordnetes Rechtsmittelverfahren einzuführen, "das die Vorteile der rechtlichen Unabhängigkeit mit den Vorteilen der besonderen Sachvertrautheit vereinigt". Solche "Schulbeschwerdekammern" sollten "Schlichtungsbehörden sein, die mit Lehrer- und Elternvertretern unter dem Vorsitz unabhängiger Juristen paritätisch besetzt" ... "in einem elastischen Verfahren unter Berücksichtigung nicht nur rechtlicher, sondern auch pädagogischer und praktischer Erwägungen zu entscheiden hätten."

b) Alle diese Vorschläge - sie mögen noch so sehr den praktischen Gegebenheiten des Schulbetriebes entgegenkommen - sind mit der verfassungsrechtlich gebotenen weiten Auslegung des Verwaltungsaktsbegriffs nicht zu vereinbaren. Soweit die Maßnahmen des laufenden Schulbetriebes generell geeignet sind, Rechte der Schulbenutzer zu verletzen, handelt es sich um Verwaltungsakte. Für die Überprüfung von Verwaltungsakten ist der Verwaltungsrechtsweg zulässig. Der Hinweis darauf, man brauche Betriebsakte, die man für rechtswidrig halte, nur unbeachtet zu lassen, um bei einem Gerichtsverfahren gegen die wegen des Ungehorsams ausgesprochene Schulstrafe doch noch zu einer gerichtlichen Überprüfung der streitigen Maßnahme zu gelangen, stellt keine befriedigende Lösung des Rechtsschutzproblems dar. Eltern und Schüler sind sich ja in den meisten Fällen nicht wirklich sicher, ob die Schulmaßnahme, die sie für rechtswidrig halten, auch tatsächlich rechtswidrig ist. Bei dem umfassenden Ermessenspielraum, den der Staat bei Durchführung der Schulerziehung hat, ist die Grenze zwischen einer gerade noch zulässigen Erziehungsmaßnahme und einer schon nicht mehr zulässigen Erziehungsmaßnahme oft sehr schwer zu finden. Eltern und Schüler können also das Risiko des Ungehorsams gegen schulische Maßnahmen nicht auf sich nehmen, weil sie befürchten müssen, daß die dafür ausgesprochene Schulstrafe rechtmäßig sein werde. Mit einer Anfechtung dieser Schulstrafe ist ihnen nicht gedient, wenn dabei gerichtlich festgestellt wird, daß die streitige Maßnahme rechtmäßig war, daß der Unbehorsam dagegen unerlaubt war und daß die Strafe für den Ungehorsam somit zu Recht erfolgt.³⁾ Ungehorsam wird also nur bei ganz offenkundig rechtswidrigen

1) Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 177

2) Recht der Jugend 1954, S. 55

3) Bachof, Festschrift für Laforet, S. 306, führt in diesem Zusammenhang aus, daß man es dem Gewaltunterworfenen nicht zumuten könne, die streitige Rechtsfrage "unter dem Damoklesschwert einer disziplinären Maßregelung" austragen zu lassen. - Jellinek, VVDStL Heft 2, S. 52 vertrat schon 1925 den Standpunkt, daß sich das Beamtenrecht auf einer "unterentwickelten Stufe befinde", wenn es dem Beamten lediglich zubillige, auf eigene Gefahr einem als ungesetzlich empfundenen Dienstbefehl Ungehorsam entgegenzubringen.

Schulmaßnahmen das richtige Mittel sein, um der Rechtsverletzung zu entgegen. In allen übrigen Fällen wird Schülern und Eltern durch eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der geeigneteren Rechtsschutz gewährt. Sicher stellt es eine Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Schule und Elternhaus dar, wenn die Eltern die Schule mit einer Klage überziehen. Diese Vertrauensstörung liegt aber bereits vor, sobald die Schule eine Maßnahme erläßt, die die Eltern für rechtswidrig halten. Sie vergrößert sich noch, wenn Schüler und Eltern in solchen Fällen einfach dazu übergehen, den streitigen Maßnahmen mit Ungehorsam zu begegnen. Die Einschaltung einer neutralen, unabhängigen Instanz ist besser als die Selbsthilfe geeignet, das Vertrauensverhältnis wiederherzustellen, indem es den Streitfall durch einen klärenden Spruch aus der Welt schafft. Für die Einführung eigener Schulbeschwerdekammern besteht kein Anlaß; sowohl rechtlich als auch fachlich-pädagogisch wird die umstrittene Maßnahme bereits in einem der Anfechtungsklage vorgeschalteten verwaltungsinternen Widerspruchsverfahren überprüft (§§ 68 ff VwGO); soweit hier keine Abhilfe erfolgt, ist eine Rechtskontrolle durch die unabhängigen Verwaltungsgerichte für einen wirksamen Rechtsschutz ausreichend. Angesichts der zahlenmäßigen Bedeutungslosigkeit der Streitigkeiten in Bezug auf die Maßnahmen des laufenden Schulbetriebes wäre der mühsame Aufbau eines eigenen Apparates von "Schulbeschwerdekammern" kaum zu vertreten.

c) Nach dem geltenden Verfassungs- und Verwaltungsrecht ist es geboten, auch die Maßnahmen des laufenden Schulbetriebes ohne Einschränkung am allgemeinen Begriff des Verwaltungsaktes zu messen. Die Grenze zwischen Maßnahmen, die Verwaltungsakte sind, und solchen, die keine Verwaltungsakte sind, ist an Hand des Kriteriums der unmittelbaren Rechtserheblichkeit zu ziehen. Dabei ergibt sich folgendes:

Keine Verwaltungsakte, weil nicht unmittelbar rechtserheblich, sind alle jene Maßnahmen, die Verwaltungsakte erst vorbereiten oder ankündigen, alle sachaufklärenden Ermittlungen, Stellungnahmen, unterrichtenden Äußerungen, die selbst noch keine bindende Wirkung haben.¹⁾ Das bedeutet für das Schulwesen insbesondere:

aa) Keine Verwaltungsakte sind alle Leistungsbewertungen im laufenden Schuljahr, also alle Noten für Schulaufgaben, Hausaufgaben und für mündliche Leistungen. Sie sind mit den Ermittlungen zu vergleichen, die etwa im gewerberechtlichen Konzessionsverfahren der Erteilung einer Gewerbe genehmi-

1) Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen. in BayVBl. 1957/86 ff;
Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. IV, 1, d, S. 115

gung vorausgehen.¹⁾ Die rechtserhebliche Maßnahme, die mit diesen Ermittlungen erst vorbereitet wird, ist die Versetzungsentscheidung bzw. die Entscheidung über das Bestehen der Abschlußprüfung. Gewiß resultiert im Ergebnis die Versetzungs- bzw. Abgangsentscheidung aus der wertenden Zusammenstellung aller Leistungen im laufenden Schuljahr. Rechtserheblich ist jedoch nur die Schlußentscheidung selbst. Schlechte und selbst sachwidrig festgesetzte Noten im laufenden Schuljahr berühren noch keine Rechte der Schüler. Trotz einer falschen Benotung im Laufe des Schuljahres kann es ohne weiteres möglich sein, daß der Schüler am Jahresende versetzt wird, sei es, daß er die schlechte Note durch andere gute Noten ausgleichen konnte, sei es, daß die Lehrerkonferenz die betreffende Zwischennote selbst als fehlerhaft erkennt und darüber hinwegsieht. Erst wenn der Nichtversetzungsbeschluß mit schlechten Leistungen des Schülers im laufenden Schuljahr begründet wird, kann der Schüler vortragen, daß die Schule den Stand seiner Kenntnisse nicht richtig ermittelt habe. Nur am Umweg über die Anfechtung des rechtserheblichen Nichtversetzungsbeschlusses kann der Schüler die Einzelbewertungen des laufenden Schuljahres angreifen, die nach seiner Meinung fehlerhaft sind und deshalb den Nichtversetzungsbeschluß nicht stützen können.

Auch die Auswahl und Stellung der schriftlichen Aufgaben und der mündlichen Fragen sind, soweit sie der Leistungsermittlung dienen, selbst nicht rechtserheblich. Die Lehrer sind zwar gehalten, die Fragen und Aufgaben nur aus den Stoffgebieten zu stellen, die die Schüler der betreffenden Klasse nach ihrem Ausbildungsstand beherrschen müßten. Dennoch können im Einzelfall auch abseits liegende Fragen zulässig sein, wenn der Lehrer damit die Gewandtheit der Schüler erkunden will und bei der Bewertung der Antwort die Schwierigkeit der Aufgabe entsprechend berücksichtigt. Sachwidrig und willkürlich zu schwierig gestellte Aufgaben können ebenfalls nur am Umweg über die Anfechtung einer rechtserheblichen Maßnahme wie des Nichtversetzungsbeschlusses angegriffen werden. Der Nichtversetzungsbeschluß wird dann deshalb als fehlerhaft angefochten, weil die Leistungsermittlung nicht in der vorgeschriebenen Weise erfolgt sei und weil deshalb die schlechten Noten nicht dem wahren Leistungsstand des Schülers entsprächen.

Keine selbständigen Verwaltungsakte sind auch die einzelnen Noten im Jahres- oder Abgangszeugnis.²⁾ Durch die einzelne Note wird noch nichts

1) So Thieme, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Entscheidungen in Schul-, Ausbildungs- und Prüfungssachen, in NJW 1954, S. 742 ff

2) Ebenso Hess. VGH, Urt. v. 17. 12. 1954 - OS II 71/54 - in DÖV 1956, S. 628 - 631 / S. 631; Rehmert, Verwaltungsgerichtliche Probleme des Schülerrechts, in DÖV 1958, S. 437 - 445 / S. 445.

geregelt¹⁾; denn die Regelung liegt lediglich in dem Gesamtausspruch, daß der Schüler versetzt oder nicht versetzt sei, daß er die Prüfung bestanden oder nicht bestanden habe. Die Einzelnote wird wieder nur insofern bedeutsam, als der Angriff gegen den Versetzungsbeschluß darauf gestützt werden kann, daß er fehlerhaft zustande gekommen sei, weil er mit dieser betreffenden schlechten Einzelnote begründet werde. Die Anfechtungsklage muß sich deshalb gegen den Nichtversetzungsbeschluß oder die Prüfungsentcheidung als solche richten.

bb) Keine Verwaltungsakte sind die Androhungen von Schulstrafen, wie die Androhung eines Arrestes oder der Schulentlassung.

cc) Ohne rechtserhebliche Wirkung und deshalb keine Verwaltungsakte sind einfache Erläuterungen, Belehrungen, Hinweise, Ratschläge, Empfehlungen, unverbindliche Meinungsäußerungen und ähnliches.²⁾ Bei diesen Maßnahmen, die Verwaltungsakte noch nicht einmal vorbereiten oder ankündigen, handelt es sich um sogenannte schlichte Verwaltungsäußerungen.³⁾

d) Verwaltungsakte, weil unmittelbar rechtserheblich, sind dagegen alle Einzelmaßnahmen des laufenden Schulbetriebes, die den Schülern oder Eltern Gebote oder Verbote auferlegen. Jede Einzelmaßnahme, die den Adressaten mit hoheitlicher Gewalt zu einem Tun oder Unterlassen zwingt, berührt unmittelbar seine Rechtsstellung. Das wird besonders deutlich am Beispiel des Elternrechts: Gemäß Art. 6 Abs. II GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Die vom Staat durchgeführte Schulerziehung steht damit in einem Spannungsverhältnis zum vorrangigen Elternrecht. Innerhalb eines bestimmten Rahmens ist staatliche Schulerziehung rechtmäßig; geht sie jedoch zu weit, dann verletzt sie das natürliche Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder. Jedes einzelne Erziehungsverbot oder -gebot des Staates im Schulbereich berührt deshalb auf jeden Fall das elterliche Erziehungsrecht. Die Schule ordnet z. B. den Besuch eines Films an, der eine Tendenz vertritt, in der die Eltern ihre Kinder nicht erziehen möchten; die Schule verbietet den Besuch einer Versammlung, die den Eltern für ihre Kinder ganz besonders geeignet erscheint; die Schule ordnet einen Arrest an und nimmt dem Kinde damit einen Teil der Zeit, den es normalerweise zu Haus verbringen sollte. Mit jeder einzelnen Anordnung schränkt der Staat das elterliche Erziehungsrecht zu seinen Gunsten ein. Es ist hier noch nicht zu untersuchen, in welchem Umfang und auf welche

1) VGH Bebenhausen, Urt. v. 19. 7. 1958 - 112/58 - in JZ 1959/S. 67 ff

2) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 91

3) Stern, Schlichte Verwaltungsäußerungen, in BayVBl 1957, S. 88

Weise er dazu berechtigt ist. 1) In diesem Zusammenhang ist nur festzuhalten, daß alle schulischen Erziehungsgebote und -verbote rechtserheblich und damit Verwaltungsakte sind.

3.) Vom Begriff des Verwaltungsaktes her ergeben sich im Schulrecht keine Besonderheiten gegenüber allen anderen Tätigkeitsbereichen öffentlicher Verwaltung. Jede generelle Einschränkung dieses Begriffes könnte in einem Einzelfall Schüler und Eltern rechtsschutzlos machen, wo sie des Rechtsschutzes in hohem Maße bedürftig wären. Die notwendigen Grenzen, um Anfechtungsklagen gegen ein uferlos gewordenes Meer von Verwaltungsakten einzudämmen und einen wirksamen Schulbetrieb zu gewährleisten, sind an anderer Stelle zu ziehen.

1) Siehe darüber unten § 10, S. 193 ff;

§ 8) Das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses als Prozeßvoraussetzung.

Je weiter der Begriff des Verwaltungsaktes ist, umso weniger sagt die Bejahung der Verwaltungsakt-Eigenschaft einer hoheitlichen Einzelmaßnahme etwas über die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage gegen diese Maßnahme aus. Demgegenüber gewinnt eine straffe Handhabung der Prozeßvoraussetzung Rechtsschutzbedürfnis an Bedeutung.¹⁾

Das Rechtsschutzbedürfnis hat seinen Platz als Sachurteilsvoraussetzung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ebenso wie im Zivilprozeß.²⁾ Es besagt ganz allgemein, daß der Staat seine Entscheidungs- und Zwangsgewalt nur demjenigen gewährt, der nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichtes ein ausreichendes Interesse an der Herbeiführung der gewünschten Entscheidung hat.³⁾ Für den Zivilprozeß sind dabei in umfangreicher Rechtsprechung eine Vielzahl von Tatbeständen herausgestellt worden, bei denen in der Regel ein Rechtsschutzinteresse des Rechtsschutzsuchenden vorhanden ist bzw. bei denen es in der Regel fehlt.⁴⁾

Für das verwaltungsgerichtliche Anfechtungsverfahren gegen Verwaltungsakte der Schulgewalt ergeben sich in Bezug auf die Prozeßvoraussetzung Rechtsschutzbedürfnis einige Besonderheiten.

I. Die Unterscheidung zwischen schulischem Grund- und Betriebsverhältnis als Ausgangspunkt für eine differenzierte Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses.

1.) Die Maßnahmen, die von der Anstaltsgewalt gegenüber den Anstaltsbenutzern erlassen werden, sind von verschiedener Intensität. Manche Maßnahmen betreffen das Rechtsverhältnis zwischen Anstalt und Anstaltsbenutzern in seinem Grundbestand, indem sie es begründen, beenden oder wesentlich umgestalten. Andere Maßnahmen sind von ungleich geringerer Intensität, da sie nur die kleinen Alltagsdinge des laufenden Betriebes regeln. Entspre-

1) Rehmert, Die gerichtliche Nachprüfung der Handhabung schulischer Verwaltungsverordnungen, in NJW. 1957, S. 575/576

2) Klinger, Kommentar z. Verwaltungsgerichtsordnung, § 48, Anm. B2, S. 141, mit weiteren Nachweisen: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. III, 5. S. 108

3) Stein-Jonas-Schonke-Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Einleitung D, S. 18

4) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, Einl. D. III und Anm. IV, 2 vor § 253.

chend der Lehre Ules¹⁾ soll dabei zwischen den Maßnahmen unterschieden werden, die das Grundverhältnis betreffen, und andern Maßnahmen, die lediglich das Betriebsverhältnis betreffen. Denn diese Unterscheidung, die zwar für eine Grenzziehung zwischen Verwaltungsakten und Nicht-Verwaltungsakten nicht ergiebig ist, veranschaulicht doch die Bedeutung, die den "Grund-Verwaltungsakten" einerseits und den "Betriebs-verwaltungsakten" andererseits zukommt. Mit Ule ist davon auszugehen, daß die Unterscheidung zwischen Grund- und Betriebsverhältnis die Verwaltungsgerichte von Bagatellfällen entlasten soll, damit der von Art. 19, Abs. IV GG garantierte umfassende Rechtsschutz auch wirklich wirksam werden kann in Fällen, die des Rechtsschutzes bedürfen. Die Beurteilung, ob eine hoheitliche Maßnahme als Bagatelle anzusehen ist oder nicht, läßt sich aber nicht von vornherein für eine bestimmte Gattung von Fällen treffen, sondern immer nur an Hand des Einzelfalles, Die Beurteilung eines Einzelfalles daraufhin, ob es sich um eine Bagatelle handelt oder nicht, kann erst bei der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzung Rechtsschutzbedürfnis vorgenommen werden.

2.) Bei Anfechtungsklagen bzw. bei Verpflichtungsklagen in Bezug auf Verwaltungsakte, die das Grundverhältnis betreffen, wird das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses auf Seiten des Klägers in der Regel zu bejahen sein. Hierbei geht es, wie Obermayer ausführt²⁾, um den "öffentlich-rechtlichen Status" des Betroffenen. Dieser allgemeine öffentlich-rechtliche Status wird durch Verwaltungsakte in Bezug auf das Grundverhältnis mit fortdauernder Wirkung beeinträchtigt. Die Behauptung des Schülers, er sei zu Unrecht nicht in eine bestimmte Schule aufgenommen, bzw. nicht in die nächsthöhere Klasse versetzt, bzw. von der Schule verwiesen worden, ist rechtsschutzwürdig. Die Wiederherstellung der - nach dem Vortrag des Schülers - materiell richtigen Rechtslage kann nur im Wege einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erreicht werden, die zu einer Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes bzw. zu einem Urteilsspruch führt, der die Schule zur Vornahme des begehrten Verwaltungsaktes verurteilt, § 113, Abs. I und IV VwGO. Soweit also nicht aus den allgemeinen Gründen das Rechtsschutzbedürfnis entfällt - (z. B. bei freiwilliger Vornahme des begehrten und zunächst verweigerten Verwaltungsaktes durch die Schule noch vor Klageerhebung) - ergeben sich dafür im Schulverhältnis bei Klagen gegen Grundverwaltungsakte keine Besonderheiten

3.) Bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für Anfechtungsklagen gegen Betriebsverwaltungsakte steht im Vordergrund die Frage nach der Schurz-

1) Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 152

2) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 171

würdigkeit des verfolgten prozessualen Ziels.¹⁾

a) Ein Interesse ist dann nicht als schutzwürdig anzusehen, wenn es nach allgemeiner Auffassung so gering ist, daß es die Inanspruchnahme der staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen nicht rechtfertigt.²⁾ Ein gesundes Gefühl für die Würde gerichtlicher Entscheidungen verbietet es, den gerichtlichen Rechtsschutz für alle möglichen Bagatellsachen zu bemühen.³⁾

b) Bei der Prüfung der Schutzwürdigkeit des Zieles, das mit einer Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte im Betriebsverhältnis verfolgt wird, ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Alle Betriebsverwaltungsakte haben eine Doppelstellung⁴⁾: Sie berühren einmal den Rechtskreis des Schülers, indem sie ihm laufend Gebote und Verbote auferlegen; sie erfüllen aber zweitens auch den Zweck, den internen Schulbetrieb ordnungsgemäß zu regeln. Bei einer Überprüfung der Betriebsverwaltungsakte geht es nicht nur um die Feststellung, was zwischen der Schule einerseits und dem Schüler andererseits rechtens ist. Gleichzeitig steht dabei immer der Fortbestand einer Maßnahme auf dem Spiel, die den Schulbetrieb in seiner Gesamtheit mit regeln sollte.⁵⁾ Bei einer uneingeschränkten Überprüfung der unzähligen Verwaltungsakte, die zur Regelung und Durchführung eines ordnungsgemäßen Schulbetriebes erforderlich sind, könnte der gesamte Schulbetrieb bald völlig gelähmt werden. Selbst wenn man den Rechtsmitteln gegen schulische Betriebsverwaltungsakte keine aufschiebende Wirkung zukommen lassen will,⁶⁾ stellt es eine unzumutbare Belastung der Schulverwaltung dar, wenn sie jede ihrer unzähligen Einzelmaßnahmen in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingehend verteidigen soll.

Die Doppelstellung der Verwaltungsakte im Betriebsverhältnis muß deshalb

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, Einl. D, S. 24; Obermayer, aaO, S. 169

2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, aaO

3) Insoweit ist der "Schutzwürdigkeitstheorie" von Thieme, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 528, zuzustimmen. Ob eine Einzelmaßnahme in schutzwürdige Positionen eingreift, ist aber - entgegen Thieme - keine Frage, die sich im Zusammenhang mit der Verwaltungsakteigenschaft dieser Maßnahme stellt, sondern eine Frage, die von Fall zu Fall bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses zu beantworten ist.

4) Zum Folgenden Obermayer, aaO, S. 169 ff;

5) Obermayer, aaO

6) Siehe darüber unten S. 172/173

7) Obermayer, aaO, S. 171

schon bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsklägers berücksichtigt werden.¹⁾ Dies geschieht durch eine Abwägung der Interessen, die der Schüler an der Aufhebung der angefochtenen Maßnahme hat, bzw. die der Staat an der Aufrechterhaltung dieser zur Regelung des Schulbetriebes erlassenen Maßnahme hat. Es muß festgestellt werden, ob bei der betreffenden Maßnahme der Eingriff in den persönlichen Rechtskreis des Schülers oder ihre Funktion als interne Organisationsmaßnahme überwiegt. In der Schule hat die Anordnung, ein Schüler solle die Schultafel säubern, in erster Linie interne Ordnungsfunktion. Die Anordnung, Arbeiten zu verrichten, die mit dem normalen Schulbetrieb nichts mehr zu tun haben, wie z. B. Arbeiten für den Haushalt des Lehrers, berührt dagegen überwiegend den Rechtskreis des Schülers.

c) Da im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung der genaue Sachverhalt noch nicht erforscht werden kann, muß für die Feststellung der Intensität des Eingriffs bei der Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses die Behauptung des Klägers den Ausschlag geben.

Wenn sich schon aus dem eigenen Vortrag des Klägers ergibt, daß die angegriffene Maßnahme ganz überwiegend der Ordnung des internen Schulbetriebes diene und daß demgegenüber der gleichzeitig vorliegende Eingriff in Rechte des Schülers nicht ins Gewicht fällt, dann ist die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses ohne weitere Prüfung als unzulässig abzuweisen, und zwar zweckmäßigerweise durch Vorbescheid, § 84 Abs. I VwGO.

Wenn dagegen die angegriffene Maßnahme in erster Linie Rechte des Schülers berührt, so daß demgegenüber ihre Bedeutung als interne Organisationsmaßnahme zurücktritt, dann braucht das Interesse des Schülers an der Beseitigung dieser Maßnahme nicht mehr hinter dem Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung dieser Maßnahme zurückstehen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich aus dem Vortrag des Klägers "prima facie" ergibt, daß ihm durch den angegriffenen Betriebsverwaltungsakt "Unrecht geschehen" sei. Dieses von Krüger²⁾ - an sich für den Begriff des Verwaltungsaktes herausgestellte - Kriterium kann somit bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses von großer Bedeutung sein. Denn da mit dem Erlass von rechtswidrigen Verwaltungsakten der innere Schulbetrieb nicht geregelt werden darf, überwiegt bei einem Betriebsverwaltungsakt, der nach erster summarischer Überprüfung "prima facie" rechtswidrig ist, auf jeden Fall das Interesse des Schülers an Beseitigung dieser Maßnahme.

1) Obermayer, aaO. S. 171

2) Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in NJW 1953, S. 1369 - 1373

II. Weitere Kriterien für die Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses bei Klagen aus dem Schulverhältnis.

1) Für den Zivilprozeß ist es anerkannt, daß ein Rechtsschutzbedürfnis dann nicht vorliegt, wenn die Prozeßhandlung auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Für den verwaltungsgerichtlichen Prozeß kann dieser Grundsatz mit der Abwandlung gelten, daß dem Anfechtungskläger dann kein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite steht, wenn er mit der Aufhebung eines schon vollzogenen Verwaltungsaktes oder selbst mit der bloßen Feststellung seiner Rechtswidrigkeit, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, praktisch nichts mehr erreichen kann. Das ist der Fall, wenn der Kläger im Zeitpunkt der Klageerhebung durch den angefochtenen Verwaltungsakt nicht mehr beschwert ist.¹⁾ Gesetzlich sei der Fall, daß ein Lehrer einen Schüler aus einer plötzlichen Verärgerung heraus und ohne pädagogische Beweggründe, also völlig willkürlich zwei Stunden nachsitzen läßt. Nun ist der Arrest abgesessen, Wiederholungen ähnlicher Willkürmaßnahmen sind nicht zu befürchten. Selbst wenn man hier grundsätzlich der Meinung sein kann, daß bei dem willkürlichen Arrest der Eingriff in Rechte des Schülers gegenüber seiner Funktion als organisationsinterner Betriebsmaßnahme überwog, so fehlt bei einer Anfechtungsklage dennoch das Rechtsschutzbedürfnis, da der Schüler im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht mehr beschwert ist. Die Aufhebung des bereits vollzogenen Verwaltungsaktes, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, ist für den Schüler ohne Nutzen. Eine Anordnung, daß die Vollziehung rückgängig zu machen sei, § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO, kommt nicht in Frage, da eine Rückgängigmachung inhaltlich nicht möglich ist. Ein irgendwie ersetzbarer materieller Schaden dürfte durch den Arrest nicht entstanden sein; ein anderer actus contrarius, der den verbüßten Arrest rückgängig macht, ist nicht denkbar. Für eine gerichtliche Feststellung gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, daß die Anordnung des Arrestes rechtswidrig gewesen sei, fehlt dem Kläger das berechtigte Interesse. Es besteht weder eine Wiederholungsgefahr für derartige Willkürmaßnahmen, noch wird - mangels Schadens - ein Präjudiz für einen Amtshaftungsprozeß benötigt.²⁾

Da Verwaltungsakte im Schulverhältnis, und besonders im schulischen Betriebsverhältnis, in der Regel sofort zu vollziehen sind,³⁾ lassen sich also

- 1) Bettermann, VVDStL Heft 15, S. 216; Klünger, VwGO, § 42, Anm. B 2, S. 141, mit weiteren Nachweisen; ebenso schon Klünger im Kommentar zur MRVO Nr. 165, § 23, Anm. B 3, S. 157
- 2) Hier kommt noch hinzu, daß das BVerwG, - worauf insbesondere Bettermann, VVDStL Heft 15, S. 216 hinweist, - ein Rechtsschutzbedürfnis für Anfechtungs- oder Feststellungsklagen verneint, wenn diese Verfahren nur oder überwiegend der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses dienen soll.
- 3) Siehe dazu S. 171 ff

in der Tat eine Reihe von Fällen denken, in denen den Schulbenutzern materiell Unrecht geschehen ist, ohne daß ihnen dagegen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zur Seite steht. Das ist jedoch eine Erscheinung, die auch dem Zivilrecht nicht fremd ist, wo nur die widerstreitenden Interessen zweier Privatleute betroffen sind. Eine einmalige Besitz- oder Eigentumsstörung z. B. muß hingenommen werden, wenn sie alsbald wieder entfällt, keinen materiellen Schaden hinterläßt und wenn keine Wiederholungsgefahr gegeben ist. Die Besitz- oder Eigentumsstörung mag rechtswidrig gewesen sein, aber mit ihrem Fortfall ist die Möglichkeit entfallen, die Gerichte damit zu befassen.

2.) Dagegen wird das Rechtsschutzbedürfnis in der Regel dann vorliegen, wenn Wiederholungen einer - "prima facie rechtswidrigen" - Schulmaßnahme zu befürchten sind. Der Schüler ist sicher nicht schutzwürdig, wenn er vorträgt, daß er einmal die Schultafel zu säubern hatte, obwohl er gar nicht an der Reihe gewesen sei. Behauptet er dagegen, daß er immer und immer wieder in weit größerem Umfang als alle anderen Schüler zu allen möglichen, zum Teil entehrenden Arbeiten herangezogen werde, weil ihn die Lehrer wegen der politischen Einstellung seines Vaters schikanieren wollten, dann ist die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gegen jeden einzelnen solcher Schikaneakte zulässig; denn die bisherige Häufung dieser Maßnahmen läßt weitere Wiederholungen befürchten. In der Regel werden nach einem Urteil, das die Rechtswidrigkeit einer schikanösen Anordnung feststellt, weitere Anordnungen dieser Art unterbleiben.

3.) Als Ergebnis läßt sich zusammenfassen, daß die Mehrzahl aller Antechtungs- oder Feststellungsklagen gegen Verwaltungsakte im schulischen Betriebsverhältnis mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen sein wird. Denn in der Regel handelt es sich bei diesen Verwaltungsakten um unbedeutende, materiell nicht schädigende, sofort vollziehbare und nicht mehr rückgängig zu machende Maßnahmen, die gewöhnlich in erster Linie der Organisation des internen Schulbetriebes dienen sollen und erst in zweiter Linie dabei auch Rechte der Schüler berühren. Die Fälle, in denen das Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen sein wird, tragen in der Regel bereits den Stempel der Rechtswidrigkeit so offen, daß eine Sachprüfung nicht mehr als Störung des Schulbetriebes aufgefaßt werden kann, sondern im Interesse eines umfassenden Verwaltungsrechtsschutzes dringend geboten ist.

§ 9) Sonstige Prozeßvoraussetzungen

Für die übrigen Prozeßvoraussetzungen ergeben sich bei Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen aus dem Schulverhältnis keine Abweichungen von den allgemeinen Regeln. Deshalb seien nur mehr zwei von ihnen kurz erwähnt:

I. Die behauptete Beschwerde.

Die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ist nur dann zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein, § 42, Abs. II VwGO. Der Kläger muß also Behauptungen aufstellen, aus denen sich der Schluß ziehen läßt, daß eine Verletzung seiner Rechte vorliegt, falls der angefochtene Verwaltungsakt tatsächlich rechtswidrig sein sollte.¹⁾ Diese Prozeßvoraussetzung wird aber in aller Regel vorliegen.²⁾ Der Kreis der "Rechte" im Sinn der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel ist durch die Rechtsprechung verhältnismäßig weit gezogen worden.³⁾ Bei Klagen der Eltern gegen Verwaltungsakte aus dem Schulverhältnis dürfte im übrigen regelmäßig das elterliche Erziehungsrecht des Art. 6 Abs. II GG als verletzt geltend gemacht werden und - falls der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig sein sollte - auch wirklich verletzt sein.⁴⁾ Das Elternrecht als Grundrecht gehört selbstverständlich zu den "Rechten" im Sinne der Generalklausel.

Immerhin bleiben Fälle denkbar, bei denen sich schon aus dem Klagevortrag ergibt, daß der Kläger sich nicht gegen eine Verletzung seiner eigenen Rechte wenden will. Dann ist die Klage durch Prozeßurteil als unzulässig abzuweisen.⁵⁾

II. Parteistellung und gesetzliche Vertretung

Richtige Klagepartei ist derjenige, dessen Rechte als verletzt geltend gemacht werden. Wird die Verletzung des elterlichen Erziehungsrechtes geltend gemacht, so sind die Eltern selbst die richtigen Anfechtungskläger.⁶⁾ Verletzt eine schulische Maßnahme nach dem Klagevorbringen sowohl das

1) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. III, 1, a, S. 101

2) Obermayer, aaO, S. 168; 3) Siehe unten S. 110

4) Siehe unten, 3. Kapitel, § 10

5) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. III, 1, b, S. 101

6) LVG Hamburg, Urteil v. 11. 12. 1952 - VII a VG 1574/52-, in MDR 1953/189;

OVG Münster, Urteil vom 13. Februar 1957 - V A 229/56 -, in OVG Münster und Lüneburg, Band 12, S. 133 - 141.

elterliche Erziehungsrecht als auch Rechte der Schüler, so können Eltern und Kinder gemeinsam Partei sein.¹⁾ Soweit Rechte der Schüler als verletzt geltend gemacht werden, sind die Schüler Partei, sie müssen sich jedoch mangels Prozeßfähigkeit, § 62 Abs. I S. 1 VwGO, von ihren gesetzlichen Vertretern vertreten lassen. Das sind nach Einführung der Gleichberechtigung von Mann und Frau beide Eltern gemeinsam²⁾, bzw. diejenigen Erziehungsberechtigten, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Minderjährigen zu vertreten haben.³⁾

Die Frage nach der richtigen beklagten Partei beantwortet § 78 VwGO. Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsakte staatlicher Schulen sind gegen das betreffende Land, Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsakte gemeindlicher Schulen gegen die betreffende Gemeinde zu richten.⁴⁾

1) Das gilt z. B. für die Anfechtungsklage gegen den Nichtversetzungsbeschuß; vgl. Urteil des OVG Hamburg vom 6. 7. 1955 - Bf. II 99/54 -, in VerwRspr. Band 8, S. 547 ff

2) OVG Berlin, Urteil vom 1. 12. 1954 - OVG I B 97. 54 -, in OVGE Berlin Band 3, S. 146 - 162; OVG Hamburg, Urteil vom 12. 3. 1956 - OVG Bf II 83/55 -, in NJW 1956/S. 1173

3) Über die Klageberechtigung in Schulsachen siehe auch Hess. VGH, Urteil vom 17. 12. 1954 - OS II 71/54 -, in DÖV 1956/ S. 628 - 631

4) Zu den Verfahrensfragen in Schulrechtsstreitigkeiten vgl. insbesondere § Heckel, Schulrechtskunde, S. 342

Die Begründetheit verwaltungsgerichtlicher Anfechtungs- oder Verpflichtungsklagen im Schulverhältnis.

Wenn bei einer verwaltungsgerichtlichen Klage aus dem Schulverhältnis im Wege der Zulässigkeitsprüfung festgestellt worden ist, daß die erforderlichen Prozeßvoraussetzungen vorliegen, dann muß in die Sachprüfung eingetreten werden. Der Ausgang des Prozesses hängt nun davon ab, ob die Klage begründet ist oder nicht. Sie ist dann begründet, wenn festgestellt werden kann, daß die Behauptung des Klägers, er sei durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt bzw. durch dessen rechtswidrige Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt worden, tatsächlich zutrifft, §§ 42/113 Abs. I und Abs IV VwGO. Aus den Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Feststellung der Begründetheit schulischer Verwaltungsgerichtsklagen stellen, ergibt sich der Aufbau der folgenden Kapitel 3 - 5:

Zunächst soll ein Überblick darüber gegeben werden, welche Rechte der Schulbenutzer durch schulische Verwaltungsakte verletzt werden können. Dabei ist auch auf die Frage einzugehen, ob das Institut des Besonderen Gewaltverhältnisses materiellrechtlich insoweit von Bedeutung ist, daß es Einschränkungen der Rechte der Gewaltunterworfenen mit sich bringen kann. (Kapitel 3)

Sodann wird zu untersuchen sein, an Hand welcher gesetzlicher Grundlagen die Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit schulischer Verwaltungsakte zu messen ist. Dabei spielt die Frage nach der Rechtsnatur der zahlreichen ministeriellen Vorschriften auf dem Schulgebiet eine Rolle (Kapitel 4)

Anschließend ist auf das Problem einzugehen, wie weit die Nachprüfung des Verwaltungsgerichtes in der Sache selbst gehen darf, bzw. wie weit das Verwaltungsgericht an die fachlichen Feststellungen der Schulbehörde gebunden ist. Dabei geht es insbesondere um die Frage eines schulischen Ermessens- oder Beurteilungsspielraumes bei Entscheidungen und Bewertungen im Schulverhältnis. (Kapitel 5)

DRITTES KAPITEL

Inhalt und Umfang der Rechte, die durch Verwaltungsakte im Schulverhältnis verletzt werden können.

Bei jedem Konflikt zwischen Schule und Schulbenutzern geht es um die Frage, wie weit die Befugnisse der Schulgewalt reichen, bzw. bei welchen Abwehrrechten der Schulbenutzer die Grenzen der Macht der Schule liegen.¹⁾ Es ist also zu prüfen, mit welchen Rechten der Schulbenutzer die schulischen Maßnahmen typischerweise kollidieren können und welche Rechte sie deshalb bei entsprechender Intensität des Eingriffes gegebenenfalls verletzen können. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, welchen Umfang diese in Betracht kommenden Rechte der Schulbenutzer haben; denn wenn das schulische Gewaltverhältnis von vornherein eine materielle Einschränkung der Rechte der Schulbenutzer mit sich bringen sollte, dann können spätere schulische Verwaltungsakte, die in ihrer Wirkung über diese generelle Einschränkung nicht hinausgehen, die Rechte der Schulbenutzer nicht mehr erneut verletzen. Wenn festgestellt werden kann, daß ein angefochtener schulischer Verwaltungsakt Rechte des Klägers verletzt hat, dann ist er rechtswidrig und muß aufgehoben werden, § 113, Abs. I, S. 1 VwGO.

Umgekehrt sind zwar Fälle denkbar, daß Verwaltungsakte objektiv rechtswidrig sind, ohne daß sie Rechte des Anfechtungsklägers verletzen. Diese Fälle werden aber auf dem Gebiete des Schulrechts wohl praktisch nicht vorkommen. Ein objektiv rechtswidriger Verwaltungsakt verletzt regelmäßig Rechte des Adressaten; denn zu den Rechten des Staatsbürgers gehört es ja gerade, daß er von der öffentlichen Gewalt verlangen kann, sich bei belastenden Einzelmaßnahmen ihm gegenüber rechtmäßig zu verhalten.²⁾ Ein Auseinanderfallen von Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes und Rechtsverletzung des Anfechtungsklägers kommt also nur dann in Betracht, wenn der Anfechtungskläger nicht gleichzeitig der Adressat des rechtswidrigen Verwaltungsaktes ist. Deshalb wird bei einer Anfechtungsklage die Frage, ob ein als rechtswidrig erkannter Verwaltungsakt auch wirklich Rechte gerade des Klägers verletze, nur dann problematisch, wenn nicht eindeutig bestimmbar ist, wer zum Kreise der Adressaten des angefochtenen Verwaltungsaktes gehört. Im Schulrecht wäre etwa der Fall denkbar, daß ein Schüler A den Versetzungsbeschluß anfecht, mit dem der Schü-

1) Heckel, Schulrechtskunde, S. 251

2) Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, S. 803, leitet diesen materiell-rechtlichen Anspruch aus der umfassenden Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. IV GG her.

ler B in die nächsthöhere Klasse versetzt wurde; diese Versetzung, so kann A behaupten, sei rechtswidrig, weil der Schüler B das Klassenziel in Wahrheit nicht erreicht habe, und sie verletze ihn, den A, in dem geltendgemachten Recht, die Ausbildung und Erziehung in einer Klassengemeinschaft zu erfahren, die nicht durch besonders schlechte Schüler gehemmt werde. Hier würde sich die Frage stellen, ob Adressat eines Versetzungsbeschlusses nicht nur der versetzte bzw. nicht versetzte Schüler, sondern jeweils auch die andern Schüler der gleichen Klasse sind. Sie wäre zu bejahen, wenn sich feststellen ließe, daß jeder Schüler einer Klasse in der Tat das Recht habe zu verlangen, daß nur ungefähr gleichbegabte Kinder in dieser Klasse unterrichtet würden. Denn dann würde jeder einzelne Versetzungsbeschluß auch dieses Recht der Mitschüler berühren und gegebenenfalls verletzen.

Die Feststellung, daß ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist, sagt also noch nichts darüber aus, ob er auch Rechte des Anfechtungsklägers verletzt. Umgekehrt beinhaltet die Feststellung, daß ein Verwaltungsakt Rechte des Anfechtungsklägers verletzt habe, regelmäßig die sich als Schlußfolgerung ergebende weitere Feststellung, daß dieser Verwaltungsakt rechtswidrig ist; denn ein rechtmäßiger Verwaltungsakt kann keine Rechtsverletzungen zur Folge haben.

Als wichtigstes Recht, das durch schulische Verwaltungsakte verletzt werden kann, wird das elterliche Erziehungsrecht zu behandeln sein. (§ 10)

Sodann werden einige weitere Rechte zusammengestellt, die durch Verwaltungsakte im Schulverhältnis beeinträchtigt und verletzt werden können. (§ 11)

Im Anschluß daran ist festzustellen, ob diese Rechte eine generelle Einschränkung dadurch erfahren, daß die Schulbenutzer Gewaltunterworfenen in einem Besonderen Gewaltverhältnis sind (§ 12).

§ 10) Das Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder

I. Das Elternrecht als Grundrecht

Art. 6 Abs. II GG bestimmt:

"Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft."

1) Die eindeutige Formulierung des Art. 6 Abs. II S. 1 GG sowie die Stellung dieser Bestimmung im Grundrechtsteil des Grundgesetzes lassen die Feststellung zu, daß es sich dabei nicht lediglich um einen Programmsatz handelt, sondern um ein echtes Grundrecht.¹⁾ Das Elternrecht ist ein Menschenrecht und gehört daher zu der Gruppe der vom Grundgesetz positivierten Menschenrechte, die nach Art. 1 Abs. II GG unverletzlich und unveräußerlich sind und damit den höchsten Rang unter den Grundrechten haben.²⁾ Mit dem Zusatz "natürliches" Recht ist es sogar dasjenige Grundrecht, welchem das Grundgesetz die schärfste grundrechtliche Charakterisierung mitgegeben hat.³⁾ Wenn bei irgendeinem, dann ist hier eindeutig die Vorstaatlichkeit dieses Rechtes ausgesprochen.⁴⁾

2) Träger des Grundrechts sind nach dem Wortlaut des Grundgesetzes und wegen des Zusatzes "natürlich" in erster Linie die leiblichen Eltern des Kindes. Es bestehen aber keine Bedenken, dieses Grundrecht auch für die Personen anzuerkennen, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes in die volle Rechtsstellung einrücken, die ursprünglich die leiblichen Eltern innehaben.⁵⁾ Das sind insbesondere die Adoptiveltern oder der Vormund eines Kindes. Diese Personen üben allerdings nicht ihr eigenes "natürliches" Erziehungsrecht, sondern das natürliche Recht der leiblichen Eltern des Kindes aus.⁶⁾

1) OVG Münster. Urteil v. 4. 5. 1957 - V A 1571/55 - in OVGE Münster und Lüneburg, Band 12, S. 241 - 250/S. 245 mit weiteren Nachweisen; Hamann, Grundgesetz, Art. 6., S. 112, mit weiteren Nachweisen.

2) Peters, Elternrecht, S. 374, mit weiteren Nachweisen

3) Der bayer. Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 12. 2. 1954 - Vf. 175-VII - 52 -, in DVBl. 1955, S. 266 = Verw. Rspr. Band 6 Nr. 151, charakterisiert für den Bereich der bayerischen Verfassung das in Art. 126 Abs. 1 BV anerkannte Elternrecht als "elementares Grundrecht"

4) Fleig, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, S. 13.

5) v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 6, Anm. IV, 2, b, S. 272

6) Nach Peters, Elternrecht, S. 375/376, sollen wegen des Zusatzes "natürlich" in Art. 6, II, 1 GG nur die leiblichen Eltern Träger des Grundrechtes sein.

3) In Kollision mit der Schulerziehung kann das Elternrecht nur insoweit treten, als es sich auf die "Erziehung" der Kinder bezieht. Unter Erziehung wird dabei - nach einer Definition von Peters¹⁾ - verstanden "die Gesamtheit der seelisch-geistigen Einwirkungen, die auf das Kind bewußt und absichtlich ausgeübt werden, um die vorhandene Begabung zu entfalten und zu entwickeln sowie den jungen Menschen nach den Auffassungen und Wertmaßstäben der Eltern und sonstigen Erziehungsberechtigten zur vollwertigen Persönlichkeit und zum leistungsfähigen Glied der Gemeinschaft zu formen."

II. Das Verhältnis von Elternrecht und staatlichem Recht auf Schulerziehung, insbesondere auf Anordnung der allgemeinen Schulpflicht.

1.) Unter der Weimarer Reichsverfassung war es herrschende Meinung, daß Elternrecht und staatliches Schulerziehungsrecht völlig selbständig nebeneinander ständen, daß also die Schulartikel der Verfassung nicht etwa nur "unbeschadet" des in Art. 120 WV gewährleisteten Elternrechtes gelten sollten. 2) Holstein³⁾ sprach sogar von einem "Erziehungsprimat" des Staates. Dieses Nebeneinander von Elternrecht und Schulerziehungsrecht ergab sich schon aus dem Aufbau der Verfassung selbst; im Zweiten Abschnitt der Verfassung wurde in Artikel 120 das Elternrecht anerkannt, im Vieren Abschnitt wurde völlig selbständig das Schulwesen geregelt, wobei Art. 145 die allgemeine Schulpflicht anordnete.

2.) Auch nach Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes wird überwiegend die Meinung vertreten, daß das elterliche Erziehungsrecht von vornherein nur für den außerschulischen, also den häuslichen Bereich gewährt worden ist, und daß das staatliche Schulerziehungsrecht kraft der in Art. 7 GG begründeten staatlichen Schulhoheit ein "wurzeleigenes" Recht der staatlichen Gemeinschaft sei. 4) Dieses staatliche Schulerziehungsrecht soll völlig gleichgeordnet und gleichberechtigt neben dem Elternrecht stehen, dessen Hauptfunktion darin bestehe, daß es ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe

1) Elternrecht, S. 381, mit weiteren Nachweisen

2) Vgl. z. B. Landé, Die Schule in der Reichsverfassung, S. 51: "Es ist schon aus Aufbau, Zusammenhang und Entstehung der Verfassungsbestimmungen völlig klar, daß in keiner der rechtlichen Beziehungen, die außerhalb des Familienrechtes zwischen Staat und Individuum bestehen, der Erziehungsberechtigte sich abwehrend auf sein ihm grundrechtlich gesichertes natürliches Erziehungsrecht berufen kann."

Ebenso Holstein, Elternrecht, S. 237

3) aaO S. 240

4) Heckel, Schulrechtskunde, S. 253; in DÖV 1952, S. 617 ff/ 620 spricht Heckel von dem "Erziehungsrecht des Staates", das allerdings von den Rechten der Eltern "eingeschränkt" werde.

in den häuslichen Erziehungsbereich sein solle.¹⁾

Peters²⁾ stützt die Meinung, daß es neben dem Elternrecht noch andere Erziehungsrechte gebe, auch auf den Wortlaut von Art. 6 Abs. II S. 1 GG. Wenn das Recht auf Erziehung der Kinder lediglich "zuvörderst" den Eltern zustehe, dann sei mit dieser Formulierung bereits zum Ausdruck gebracht, daß es außer den Eltern, allerdings mit sekundärem Rang, noch andere selbständige Erziehungsträger geben müsse. Dazu seien in erster Linie Staat und Schule zu rechnen. Der Umfang der staatlichen Befugnisse auf dem Gebiete der Schulerziehung wird aus dem Begriff der Schulaufsicht in Art. 7 Abs. I GG hergeleitet. Dieser Begriff hat sich unabhängig vom sonst üblichen Aufsichtsbegriff entwickelt³⁾ und kann deshalb nur historisch ausgelegt werden.⁴⁾ Danach ist die Schulaufsicht etwa zu beschreiben als "die gestaltende, verwaltende, steuernde und kontrollierende Ordnungstätigkeit des Staates dem gesamten Schulwesen gegenüber."⁵⁾ Wie die Schulaufsicht im einzelnengehandhabt und ausgestaltet wird, ist Ländersache. Es werden jedoch keine Bedenken dagegen erhoben, daß die Länder kraft der ihnen zustehenden Regelungsbefugnis auf dem Schulgebiet auch die allgemeine Schulpflicht für Kinder einer bestimmten Altersstufe anordnen können

3) Demgegenüber wird von anderen Autoren die Meinung vertreten, daß das Elternrecht doch "in enger Beziehung zum Schulwesen stehe".⁶⁾ Die Hereinnahme des Schulrechtsartikels 7 in den Grundrechtsteil des Bonner Grundgesetzes wäre nicht recht sinnvoll, wenn der Verfassungsgeber damit nicht den engen Zusammenhang von elterlicher Erziehung und Schulerziehung zum Ausdruck hätte bringen wollen. Nach Mayer⁷⁾ kann auf Art. 7 GG nicht eine "nebelhafte Schulhoheit" gestützt werden. Auch Fleig⁸⁾ sieht in Art. 7 GG keine Einschränkung des elterlichen Erziehungsrechtes: der Art. 7 gebe den Eltern bei den dort geregelten Gewissensanliegen (Bestimmung über die Teilnahme am Religionsunterricht, Recht auf Errichtung von Privatschulen, Art. 7, Abs. II und IV GG) im Gegenteil nur Freiheiten. In konsequenter

1) Bonner Kommentar, Art. 6, Anm. 2 c; ähnlich v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 6, Anm. IV, 5, b, S. 274

2) Elternrecht, S. 379

3) Heckel, Deutsches Privatschulrecht, S. 35; siehe auch oben S. 34

4) BVerwG, Beschluß vom 28. 12. 1957 - VII B 9, 57 - BVerwGE Bd. 6, S. 101; siehe auch oben S. 65/66

5) v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Art. 7, Anm. III, 3, S. 281; ähnlich die Definition des BVerwG, aaO, siehe oben S. 65/66; z. Begriff der Schulaufsicht siehe auch Heckel, "Umfang und Grenzen der Schulaufsicht", in DÖV 1952, S. 617 ff und Fleig, Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, S. 6

6) Heckel, Grundgesetz und Schule, in DÖV 1950, S. 1, zitiert bei Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 118

7) Elternrecht, Schule und Kirche, in DVBl. 1955/581-589

8) aaO, S. 18

Fortführung seiner Meinung, daß das Elternrecht durch eine Schulhoheit nicht eingeschränkt werden dürfe, gelangt Mayer¹⁾ zu dem Ergebnis, daß die von den Bundesländern angeordnete Schulbesuchspflicht mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren sei.

4.) Eine verbindende Brücke zwischen dem elterlichen Erziehungsrecht und dem staatlichen Anspruch auf Durchführung schulischer Erziehung kann in der Bestimmung des Art. 6 Abs. II S. 2 GG gefunden werden.

a) Die Erziehung der Kinder obliegt zuvörderst den Eltern; aber über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. Damit ist der grundsätzliche Vorrang des Elternrechtes deutlich zum Ausdruck gebracht. Die Eltern bestimmen die menschlichen und ethischen Werte, an denen die Erziehung ihrer Kinder auszurichten ist,²⁾ und sie bestimmen grundsätzlich auch die Art und Weise, wie diese Erziehung durchzuführen ist. Die staatliche Gemeinschaft aber darf darüber wachen, daß die Eltern ihr Erziehungsrecht nicht mißbrauchen. Die staatliche Gemeinschaft kann von den Eltern verlangen, daß sie sich bei ihrer Erziehung "im Vorstellungskreis dessen halten, was in der derzeitigen Gesellschaftsordnung als noch tragbar anerkannt wird."³⁾

Das elterliche Erziehungsrecht unterliegt damit einer immanenten sachlichen Gewährleistungsschranke in Bezug auf den Begriff der Erziehung.⁴⁾ Eine Erziehung, die der Überwachung durch die staatliche Gemeinschaft unterstellt ist, darf nur eine Erziehung sein, die den elementaren Interessen der staatlichen Gemeinschaft nicht zuwiderläuft. Damit kann in Art. 6 Abs. II S. 2 GG der Niederschlag des allgemein geltenden Grundsatzes gesehen werden, daß alle Grundrechte an der immanenten Schranke der elementaren öffentlichen Ordnungsnormen enden. Dazu gehört alles, was zur Wahrung eines gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens unerläßlich ist.⁵⁾ Art. 6 Abs. II S. 2 stellt im Ergebnis nichts anderes dar als die immanente Grundrechtsschranke, der gemäß Art. 2 Abs. I GG ohne hin alle Freiheitsrechte unterliegen.⁶⁾ Das Recht auf Erziehung ist den Eltern von vornherein nur insoweit gewährt, als dieser Erziehung nicht die

1) aaO, S. 585

2) Peters, Elternrecht, S. 382

3) Peters aaO

4) Begriff bei v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Vorbem. B, XV, 2a S. 124
vgl. auch Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 93/94

5) So insbesondere Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. I, Anm.
VIII, 7

6) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 93/94; Heckel, Schulrechtskunde,
S. 201; Peters, Elternrecht, S. 382

die Rechte anderer, hier die Rechte der gesamten staatlichen Gemeinschaft, entgegenstehen.

b) Daraus ergibt sich nun, daß der "Wächter" Staat dort einschreiten darf, wo er bemerkt, daß elterliche Erziehung nicht in der verfassungsmäßig allein gewährleisteten Art und Weise durchgeführt wird bzw. durchgeführt werden kann.¹⁾ Denn seine Wächterrolle wäre sinnlos, wenn sie nichts weiter darstellte als eine Beobachterrolle.

Deshalb ist es zulässig, daß das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 BGB Maßnahmen treffen kann, wenn durch einen Mißbrauch der elterlichen Personensorge das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet wird. Deshalb auch läßt es Art. 6 Abs. III GG ausdrücklich zu, daß Maßnahmen nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz, insbesondere die Fürsorgeerziehung, angeordnet werden, wenn die zuvörderst berufenen Erzieher, die Eltern, versagen und es nicht verhindern können, daß ihre Kinder verwahrlosen. Durch offensichtliches Unvermögen zur Erziehung und durch offenen Mißbrauch des Erziehungsrechtes können Kinder herangezogen werden, die die staatliche Gemeinschaft gefährden.

c) Aus der immanenten Schranke des Elternrechtes, das von vornherein nur insoweit gewährt wurde, als es den elementaren Interessen der staatlichen Gemeinschaft entspricht, läßt sich auch die Rechtmäßigkeit staatlicher Schulerziehung begründen.

Die allgemeine Wohlfahrt und der Bestand der Allgemeinheit erfordern es, daß der heranwachsende Bürger die Fertigkeiten, Kenntnisse und Eigenschaften erwirbt, die ihn befähigen, das Gesamtleben mitzugestalten und weiterzuführen.²⁾ Die staatliche Gemeinschaft ist angewiesen auf Gemeinsinn, Tatkraft und Leistung der einzelnen Bürger. Jeder Bürger hat deshalb ein für ihn lebenswichtiges Interesse an der Leistungsfähigkeit jedes andern, d. h. also daran, daß jeder andere so ausgebildet, unterrichtet und erzogen ist, daß er seine Leistungen vollbringen kann.³⁾ Gerade dieses öffentliche Interesse daran, daß jeder Staatsbürger wenigstens lesen, schreiben und rechnen könne, hatte die Schule im Laufe ihrer Entwicklung zu einer Veranstaltung des Staates werden lassen. In der deutschen Geschichte gab es niemals ein Grundrecht der "Lernfreiheit"⁴⁾ im Sinne einer "Unabhängig-

1) Peters, Elternrecht, S. 390

2) Heckel, Schulrechtskunde, S. 201

3) Heckel, aaO

4) Max Müller, Die Lehr- und Lernfreiheit, Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft XXXIX, 1911, S. 3 u. 11, zit. bei Eisenhuth, Die Entwicklung der Schulgewalt S. 40

keit vom Staate hinsichtlich dauernder, von Mensch zu Mensch stattfindender, systematischer Übermittlung geistiger Kulturwerte" ¹⁾, das heißt als Recht "auf Erwerbung einer beliebigen Bildung auf beliebige Weise oder auch das Recht auf Nichterwerben von Bildung" ²⁾. Wo die Lernfreiheit gefordert wurde, ³⁾ war es selbstverständlich, daß diese Forderung auf unmündige Kinder keine Anwendung finden sollte, da diese einer positiven Sorgfalt des Staates bedürften. ⁴⁾

Erziehung, die unter der Aufsicht der staatlichen Gemeinschaft steht, muß zu einer bestimmten Schulbildung hinführen. Sache der staatlichen Schulaufsicht ist es, das Schulwesen einzurichten und zu gestalten, Unterrichtsgegenstände und Erziehungsziele festzulegen, die dem Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der staatlichen Schulerziehung gerecht werden. Die Befugnis zur Anordnung der allgemeinen Schulpflicht kann aus dem Begriff der Schulaufsicht wohl nicht unmittelbar hergeleitet werden. Nach dem Grundgesetz würde es genügen, wenn die Eltern angehalten würden, ihre Kinder selbst so zu erziehen und zu unterrichten, wie sie an den öffentlichen Schulen unterrichtet würden. Es wäre dann einerlei, ob besonders befähigte Eltern diese Schulerziehung und -unterrichtung selbst in die Hand nähmen, ob sie dies durch Privatlehrer besorgen ließen, oder ob sie sich freiwillig entschlössen, ihre Kinder in die bereitgestellten öffentlichen oder privaten Schulen zu schicken. Ein Eingreifen durch das Vormundschaftsgericht wäre nur dort geboten, wo die Eltern ihre Pflicht auf schulmäßige Unter-
terrichtung und Erziehung ihrer Kinder nicht erfüllten. ⁵⁾

Wenn die allgemeine Schulpflicht vom Grundgesetz her auch nicht geboten ist, so ist sie andererseits doch nicht verfassungswidrig. Die gebotene staatliche Überwachung daraufhin, ob alle Kinder die von Staats wegen vorgeschriebene schulmäßige Erziehung erführen, wäre unmöglich, wenn es jeweils die Sache der Eltern wäre, wie sie ihren Kindern diese schulmäßige Ausbildung zukommen lassen wollten. Es wäre eine Fülle von vormundschaftsgerichtlichen Einzelverfahren durchzuführen, da die Eltern in aller Regel einfach nicht in der Lage wären, ihren Kindern die vorgeschriebene schulmäßige Ausbildung zukommen zu lassen. Die staatliche Gemeinschaft verlangt von ihren Bürgern heute mehr, als daß sie nur schreiben, lesen und

1) Müller, aaO

2) Eisenhuth, aaO

3) W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Gesammelte Schriften, Bd. 1. 1903, S. 113 ff, zitiert bei Eisenhuth, aaO

4) W. v. Huboldt, aaO S. 225

5) Mayer, Elternrecht, Schule und Kirche, aaO

rechnen können. Die neuzeitlichen Arbeits-, Zivilisations- und Kulturverhältnisse stellen Erziehungs- und Ausbildungsanforderungen, die die Eltern nicht mehr allein erfüllen können, ¹⁾ deren Erfüllung vielmehr eines unmittelbaren Hinzutretens der Erziehungs- und Bildungsarbeit der Gemeinschaft bedarf. ²⁾ Eine gleichmäßige Schulbildung kann nur dadurch gewährleistet werden, daß den Kindern der Besuch der bereitgestellten Schulen zur Pflicht gemacht wird. Das Bundesverfassungsgericht ³⁾ hat die Meinung vertreten, daß in das elterliche Erziehungsrecht dann mit generellen Verboten eingegriffen werden dürfe, wenn individuelle Maßnahmen nicht ausreichen; generelle Maßnahmen vielmehr das gebotene und adäquate Mittel sind, um die Gefährdung der Jugendlichen abzuwehren. Für das generelle Gebot der Schulbesuchspflicht muß dasselbe gelten; denn auch auf dem Gebiete des Schulwesens reichen individuell kontrollierende Eingriffe nicht aus, um die verfassungsmäßig gebotene Schulerziehung aller Kinder ausreichend zu gewährleisten. ⁴⁾

5.) Für den Rechtsschutz im Schulverhältnis spielt es - zumindest im Ergebnis - keine Rolle, ob das staatliche Schulerziehungsrecht ein "wurzeleigenes" Recht des Staates ist, das in keinem Zusammenhang mit dem Elternrecht steht, oder ob es sich nur durch die immanente Schranke des elterlichen Erziehungsrechtes in Art. 6 Abs. II S. 2 GG herleiten läßt.

In jedem Falle steht - wiederum zumindest im Ergebnis - das Recht des Staates zur schulischen Erziehung n e b e n dem Erziehungsrecht der Eltern, ⁵⁾ und in jedem Falle geht es um das Problem, wo die Grenze zwischen dem staatlichen Schulerziehungsrecht und dem elterlichen Erziehungsrecht zu ziehen ist. Geht man davon aus, daß das elterliche Erziehungsrecht von vornherein auf den häuslichen und das staatliche Erziehungsrecht ausschließlich auf den schulischen Bereich beschränkt ist, so lautet die Frage, wie weit der schulische Bereich sich erstrecken darf, will er nicht in den häuslichen Bereich eindringen. Geht man andererseits davon aus, daß das elterliche Erziehungsrecht kraft der Schranke in Art. 6, II, 2 GG selbst zu einer bestimmten Schulbildung hinführen müsse, und zwar zweckmäßigerweise durch verbindlich angeordneten Schulbesuch, dann lautet die Frage gleichfalls, wie weit die Anforderungen der staatlichen Gemeinschaft an das elterliche Erziehungsrecht in Bezug auf eine schulmäßige Ausbildung ge-

1) Schweiger, Elternrecht und Schulpflicht, in DÖV 1956, S. 621/622

2) Bayer. Verf. GH, Entscheidung vom 12. 2. 1954 - Vf. 175 - VII - 52 -, in VerwRspr. Band 6, Nr. 151

3) Entscheidung vom 10. 3. 1958-1 Bv L 42/56-, in NJW 1958, S. 865, 1387 = MDR 1958, S. 481

4) Auch Hamann, Grundgesetz, Art. 6 S. 112 sieht in Art. 6, II, 2 GG die verfassungsrechtliche Grundlage der Schulpflicht. Vgl. auch Peters, Elternrecht, S. 375

hen dürfen.

Die Meinungsverschiedenheiten über die Begründung des staatlichen Schulerziehungsrechtes dürften also ohne praktische Bedeutung sein. Dem Aufbau des Grundgesetzes entspricht es wohl am ehesten, wenn man das staatliche Recht auf Schulerziehung aus dem Zusammenhang der Vorschriften in Art. 6 Abs. II, S. 1 und 2, Abs. III und Art. 7, Abs. I GG herleitet.¹⁾ Art. 6, II, 1 und 2 begrenzen den Inhalt des elterlichen Erziehungsrechtes. Art. 6, III und Art. 7 betreffen zwei Fälle, in denen die staatliche Gemeinschaft konkrete Befugnisse aus ihrer Rolle des Wächters über die elterliche Erziehung erhält. Art. 6, III gibt dem Staat Befugnisse für den krassen Fall des Versagens elterlicher Erziehung, Art. 7 dagegen gibt dem Staat die Befugnis, das Recht der staatlichen Gemeinschaft auf Durchführung einer wirksamen Schulerziehung in Einzelheiten zu konkretisieren.

III. Die Abgrenzung von elterlichem Erziehungsrecht und staatlichem Recht auf Schulerziehung in Einzelfällen.

Gegen jeden schulischen Verwaltungsakt, der sich mit Erziehungsfragen befaßt, können die Eltern mit der Behauptung zu Felde ziehen, daß er ihr elterliches Erziehungsrecht verletze.²⁾ Sie können vortragen, daß eine derartige Erziehungsmaßnahme von der staatlichen Gemeinschaft nicht mehr verlangt werde und daß die Schule somit rechtswidrig handele, wenn sie ihre Erziehung auf Bereiche erstrecke, die den Eltern allein vorbehalten seien. Bei jedem verwaltungsgerichtlichen Schulrechtsfall kann sich also die Frage stellen, wo die Grenze zwischen elterlicher und schulischer Erziehung verläuft.

1) Die Frage wird sich im Einzelfall nur sehr schwierig beantworten lassen. Was verlangt die staatliche Gemeinschaft im einzelnen auf dem Gebiete der Schulerziehung, bzw. wo muß sie hinter dem elterlichen Erziehungsrecht zurücktreten? Durch Gesetze sind die allgemeinen Bestimmungen des Grundgesetzes kaum konkretisiert worden. In Bayern sind es lediglich die Bestimmungen des Art. 131 BV und des Art. 4, Abs. I und II EUG, die allgemein das Gebiet umreißen, auf dem die staatliche Gemeinschaft Schulerziehung durchführen darf.

5) BVerwG, Urt. v. 29. 6. 1957 - II C 105.56 -, in BVerwGE Band 5, S. 153

1) So insbesondere das LVG Hamburg, Urt. v. 11. 12. 1952 - VII a VG 1574 -, in MDR 1953 / S. 189

2) Heckel, Schulrechtskunde, S. 252

Art. 131 BV bestimmt:

- "(1) Die Schulen sollen nicht nur Wissen und Können vermitteln, sondern auch Herz und Charakter bilden.
- (2) Oberste Bildungsziele sind Ehrfurcht vor Gott, Achtung vor religiöser Überzeugung und vor der Würde des Menschen, Selbstbeherrschung, Verantwortungsgefühl und Verantwortungsfreudigkeit, Hilfsbereitschaft und Aufgeschlossenheit für alles Wahre, Gute und Schöne.
- (3) Die Schüler sind im Geiste der Demokratie, in der Liebe zur bayerischen Heimat und zum deutschen Volk und im Sinne der Völkerversöhnung zu erziehen.
- (4) Die Mädchen sind außerdem in der Säuglingspflege, Kindererziehung und Hauswirtschaft besonders zu unterweisen."

Art. 4 EUG bestimmt:

- "(1) Alle Schulen haben im Rahmen der in der Verfassung des Freistaates Bayern festgelegten Bildungsziele die Aufgabe, Wissen und Können zu vermitteln, Geist, Körper und Charakter zu bilden, im Geiste der Demokratie in der Liebe zur Heimat und zum deutschen Volk und im Sinne der Völkerversöhnung zu erziehen.
- (2) Öffentliche Schulen haben die Aufgabe, den Schülern das überkommene und bewährte Bildungsgut weiterzugeben, neues für die Schüler lebendig zu machen und die zur Erfüllung ihres Bildungs- und Erziehungsauftrages geeigneten Wege zu beschreiten. ..."

Diese Bestimmungen räumen der staatlichen Schulverwaltung durch ihre äußerst allgemein gehaltenen Formulierungen einen so weiten Ermessensspielraum ein,¹⁾ daß der Nachweis einer Überschreitung der staatlichen Erziehungsbefugnisse im Einzelfall kaum gelingen dürfte. Es sind metajuristische Elemente, nämlich Weltanschauung und politische Werturteile, die die Auslegung dieser Vorschriften beherrschen.²⁾ Wo endet die Erziehung im Geiste der Demokratie und wo beginnt die Erziehung nach den Zielen einer bestimmten Partei? In welchem Umfang soll in der Schule Wissen und Können vermittelt werden? Genügt ein achtjähriger Volksschulbesuch oder darf ein neuntes Schuljahr eingeführt werden?

Als einzig sichere Auslegungsregel läßt sich der Grundsatz einer möglichst großen Elternfreundlichkeit der Schulbestimmungen herausstellen. Schon für die Zeit der Weimarer Verfassung hatte Holstein³⁾ die Meinung vertreten, daß bei der Grenzziehung zwischen Schul- und Elternerziehung eine Vermutung für die Freiheit der Rechtsposition der Eltern spreche. Für Art. 6

1) Siehe darüber unten S. 164 ff

2) Peters, Elternrecht, S. 372

3) Elternrecht, S. 239

II GG führt das BVerwG¹⁾ aus, daß gerade angesichts des starken Eingriffs in das Elternrecht, den die Länder mit Anordnung der allgemeinen Schulpflicht vorgenommen hätten, im übrigen eine möglichst elternrechtsfreundliche Auslegung geboten sei, wenn das elterliche Erziehungsrecht nicht überhaupt neben der staatlichen Schulerziehung praktisch verkümmern solle. Das Erziehungsrecht steht nach dem Wortlaut der Verfassung "zuvörderst" den Eltern zu; in Zweifelsfällen muß deshalb das elterliche Erziehungsrecht den Vorrang haben.²⁾ Die dem Staat als Erziehungsträger zugewiesenen Funktionen müssen sich auf den schulischen Bereich beschränken.³⁾ Dieser schulische Bereich ist möglichst eng zu umgrenzen; denn das Grundgesetz ist beherrscht von umfassenden Freiheitsrechten der Individuen, die von der staatlichen Gemeinschaft nur in bestimmten Mindestbereichen eingeschränkt werden können.⁴⁾ Wo die Schule also einen Teil des außerschulischen Lebens zu bestimmen sucht, sei es durch Erteilung von Hausaufgaben, sei es durch Gebote oder Verbote für das außerschulische Verhalten, muß bei Zweifeln erst recht zu Gunsten der Eltern entschieden werden.⁵⁾

2) Besonders bedeutsam ist die Grenzziehung zwischen Elternrecht und Schulerziehung beim Übergang eines Kindes von der Volksschule zu einer weiterführenden Schule.

a) Die staatliche Gemeinschaft darf obligatorisch nur eine bestimmte Mindesterziehung und -unterrichtung fordern. Deshalb ist es grundstätzlich eine freie Entscheidung der Eltern, ob sie ihr Kind in eine höhere Schule schicken wollen oder nicht. Die Eltern haben zwar ihren Kindern eine Erziehung angedeihen zu lassen, die dem Bildungsvermögen der Kinder entspricht.⁶⁾ Dennoch wird es angesichts des Vorranges elterlicher Erziehungswünsche für den Staat keine Möglichkeiten zu Eingriffen geben, wenn die Eltern ihr Kind ein Handwerk erlernen lassen, obwohl es zum Besuch einer höheren Schule und zum Studium auf das Beste qualifiziert wäre. Auch die Auswahl, welche weiterführende Schule ihr Kind besuchen soll, bleibt allein der Bestimmung durch die Eltern überlassen.⁷⁾ Eine vom Staat vorgenom-

1) Urt. v. 29. 6. 1957 - II C 105. 56 - in BVerwGE Band 5/S. 153 ff.

2) Bonner Kommentar, Art. 6, Anm. II, 2, b; OVG Hamburg, Urt. v. 16. 4. 1953 - OVG Bf. II 28/53 - in DVBl. 1953/S. 506-511; Heckel, Schulrechtskunde, S. 306

3) Bayer Verf. GH, Entsch. v. 12. 2. 1954 - Vf. 175 - VII - 52 -, in VerwRspr. Band 6, Nr. 151

4) Heckel, Schulrechtskunde, S. 306

5) Heckel, Schulrechtskunde, S. 306

6) Peters, Elternrecht, S. 389

7) Fleig, aaO, S. 45; Heckel, Schulrechtskunde, S. 253; BVerwG, Urt. v. 19. 6. 1957, -II C 105. 56 -, in BVerwGE 5/153 ff; Urt. des OVG Berlin v. 1. 12. 1954 - OVG I B 97. 54 - in OVGE Berlin, Band 3, S. 146 - 162

mene sogenannte "positive Auslese", mit der vorgeschrieben wird, welche weiterführende Schule ein Schüler seinen Fähigkeiten entsprechend zu besuchen hat, verletzt das Elternrecht.¹⁾ Der Wille der Eltern ist selbst dann für die Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes maßgeblich, wenn die Durchsetzung dieses Willens möglicherweise zu einer Fehlentwicklung des Kindes führt.²⁾ Ebenso wie der Erwachsene in den Schranken des Art. 2, I GG sein Leben gestalten darf ohne Rücksicht darauf, ob dieser Wille seinem Besten dient, ebenso steht dieses Recht den Eltern als Sachwaltern des Persönlichkeitsrechtes ihrer Kinder zu.³⁾ Die Schulbehörde handelt rechtswidrig, wenn sie ein Kind einem andern als dem von den Eltern gewährten Schulzweig mit der Begründung zuweist, daß dieser Zweig für die Entwicklung des Kindes besser geeignet sei, als der von den Eltern gewählte.⁴⁾

b) Dagegen verstößt es nicht gegen das elterliche Erziehungsrecht, wenn der Staat im Wege der "negativen Auslese" solche Schüler von weiterführenden Schulen fernhält, die dort ihre Mitschüler mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit empfindlich hemmen würden.⁵⁾ Ob dies der Fall sein werde, kann in einem Ausleseverfahren festgestellt werden, bevor über die Aufnahme eines Kindes in die von ihm bzw. von den Eltern gewählte Schule entschieden wird.⁶⁾ Das BVerwG leitet die Zulässigkeit solcher Zulassungsbeschränkungen auf dem Schulgebiet nicht aus der Regelungsbefugnis für Ausbildungsstätten gemäß Art. 12 Abs. I GG her⁷⁾, sondern unmittelbar aus Art. 7 und Art. 6 Abs. II GG. Die in Art. 7 GG verankerte Schulaufsicht gibt dem Staat das Recht, Inhalt und Ziel der Schulausbildung zu regeln. Zur Schulaufsicht des Staates gehört es auch, daß der Staat nur solche Schulklassen unterhält, in denen ein ordnungsgemäßer Schulunterricht möglich ist und in denen nicht einige Schüler ihre Mitschüler empfindlich hemmen. Auslesemaßnahmen, die solche Schüler von der Schule fernhalten, "dienen unmittelbar dem Ziel, eine gedeihliche Erziehung der heranwachsenden Jugend sicherzustellen und die Anlagen der Kinder so zu entwickeln, daß sie sich, herangewachsen, in der Gemeinschaft bewähren können."

1) So insbesondere OVG Hamburg, Urt. v. 16. 4. 1953 - OVG Bf. 28/53 - in DVBl. 1953/S. 506 - 511; ebenso LVG Hamburg, Urt. v. 11. 12. 1952, - VII a VG 1574/52-, in MDR 1953, S. 189; vgl. auch Rehmert, in NJW 1958/S. 232/233;

2) OVG Hamburg, aaO

3) OVG Berlin, aaO, S. 155

4) OVG Berlin, aaO, S. 156

5) BVerwG, Urt. v. 29. 6. 1957 - II C 105. 56 - in BVerwGE 5/153ff; ebenso im Urt. v. 29. 6. 1957 - II C 1054. 56 -, in BVerwGE 5/164

6) OVG Hamburg, Urt. v. 12. 3. 1956 - OVG Bf. II 83/55 - in NJW 1956, S. 1173

7) Siehe darüber unten S. 107

Andererseits können solche Zulassungsschranken verhältnismäßig großzügig sein. 1)
Die besser begabten Kinder haben selbst keinen Rechtsanspruch darauf, daß der Landesgesetzgeber durch strenge Zulassungsvoraussetzungen den Zugang anderer, nicht gleich hoch begabter Kinder, zur weiterführenden Schule verhindere. 2) 3)

c) Bei dem Besuch der weiterführenden Schule ist die Abgrenzung zwischen Elternrecht und Schulerziehungsrecht rechtlich unproblematisch, tatsächlich aber genauso schwierig wie bei den Pflichtschulen.

Rechtlich ist die Konstruktion einfach: Die Eltern wissen, welche Erziehungs- und Unterrichtsmaßnahmen an der gewählten Schule in der Regel getroffen werden. Wenn sie ihre Kinder in diese Schule schicken, dann unterwerfen sie sich freiwillig der Ordnungsgewalt und der Anstaltsordnung dieser Schule. 4) Die Verwaltungsakte, die sich im Rahmen dieser Anstaltsordnung halten, können zu keiner Verletzung des Elternrechtes führen, da die Eltern insoweit von vornherein auf die Geltendmachung ihres Elternrechtes verzichtet haben. Dagegen behalten die Eltern fortlaufend die Befugnis, die Maßnahmen der Schule daraufhin zu überwachen, ob sie sich als mit dem für die betreffende Schule festgestellten Erziehungszweck vereinbar erweisen. 5) Dabei kann es, wie bei den Pflichtschulen - in Einzelfällen erhebliche Auslegungsschwierigkeiten geben. Der umfassende Ermessensspielraum, der der Schulverwaltung eingeräumt ist, wird lediglich dadurch etwas eingeschränkt, daß jede schulische Entscheidung am Grundsatz möglicher Elternfreundlichkeit zu messen ist. 6)

3.) Positivrechtlich gehört zum Elternrecht auf dem Schulgebiet sowohl bei Pflichtschulen wie bei weiterführenden Schulen das Recht, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen. 7)

Abgelehnt wurde es dagegen⁸⁾, daß das Elternrecht auch das Recht beinhaltet, daß das Kind eine Oberschulklasse überspringen dürfe.

1) BVerwGE Band 5, S. 164

2) BVerwG v. 29. 6. 1957 - II C 105. 56 - BVerwGE 5/153 ff

3) Das OVG Hamburg, Ur v. 12. 3. 56, aaO, hatte die Zulässigkeit eines negativen Ausleseverfahrens mit Art. 2. 1 GG begründet, da das Elternrecht seine Grenze an den Rechten anderer, hier der Mitschüler, finde. Das BVerwG läßt diese Begründung dahingestellt (BVerwGE 5/153 ff), da die Sonderregelung in Art. 6, II und 7 GG der allgemeinen Regel des Art. 2. 1 vorgehe.

4) Bayer. VGH, Ur. v. 18. 8. 1949 - Nr. 281 + 48, in DVBl. 1950, S. 305-307; ähnlich das BVerwG, Ur. v. 10. 12. 1954, - II C 194. 53 - in BVerwGE Bd. 1, S. 260 ff

5) OVG Rheinl. - Pfalz, Ur. v. 18. 12. 1953 - 2 A 64/53 - in NW 1954, S. 1461-1463

6) Siehe oben S. 101/102

7) Art. 7 Abs. II GG in Verbindung mit dem Gesetz über die religiöse Kindererziehung, v. 15. 7. 1921, RGBL. I, S. 939

8) Bayer. VGH, Ur. v. 18. 8. 1949 - Nr. 281 + 48, in DVBl. 1950, S. 305 - 307.

§ 11) Sonstige Rechte der Schulbenutzer

Eine Reihe von weiteren Rechten, die durch Verwaltungsakte der Schulgewalt verletztbar sind, können sowohl den Eltern als auch den Kindern selbst zustehen. Die Kinder können seit Erlangung ihrer Rechtsfähigkeit, d. h. von Geburt an, § 1 BGB, selbständig Träger von Rechten, auch von Grundrechten, sein. Es gibt insoweit keine "Grundrechtsmündigkeit"¹⁾ Ein Unterschied besteht lediglich zwischen der Zuständigkeit und der Ausübbarkeit der Rechte. Solange die Kinder nicht geschäftsfähig sind und unter elterlicher Gewalt stehen, unterliegt die Bestimmung, wie die Rechte, und zwar auch die Grundrechte, der Kinder auszuüben sind, allein den Eltern. Auch wo Verletzungen von Rechten der Kinder in Frage stehen, bleibt es der Entscheidung der Eltern vorbehalten, ob sie diese Rechtsverletzungen im verwaltungsinternen Beschwerdewege oder im gerichtlichen Verfahren geltend machen wollen. Machen sie im Verwaltungsgerichtsprozeß Verletzungen von Rechten ihrer Kinder geltend, dann müssen die Kinder selbst als Partei aufgeführt sein, während die Eltern nur als gesetzliche Vertreter auftreten.²⁾

Für Klagen aus dem Schulverhältnis von Bedeutung können insbesondere die folgenden Rechte sein:

1. Die Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.

1.) Nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Dabei ergibt sich aus der Stellung in Art. 12, daß die Ausbildungsstätte in einer engen Beziehung zum Beruf steht, zu dem man sich ausbilden lassen will. Eine Stätte ganz allgemeiner Bildung, die für einen später angestrebten Beruf nicht unmittelbar von Bedeutung ist, ist in diesem Sinne keine Ausbildungsstätte.³⁾

Deshalb sind die allgemeinen Pflichtschulen nicht als Ausbildungsstätten im Sinne des Art. 12 GG anzusehen.⁴⁾ Bei der Volksschule ist die vermittelte Bildung so allgemein, daß sich noch kein Zusammenhang zu irgendeinem später zu wählenden Beruf erkennen läßt.

1) Siehe dazu v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Vorbem. B, XV, 2c, S. 127. Die dort angedeutete Möglichkeit, daß für das Petitionsrecht des Art. 17 GG etwas anderes gelten sollte, kann hier dahingestellt bleiben.

2) Siehe oben S. 88/89

3) A. M. insoweit Rehmer, DÖV 1958, S. 442, der darauf hinweist, daß das Wort "Ausbildungsstätte" völlig selbständig in Art. 12 stehe und deshalb nicht nur von "Beruf" her zu interpretieren sei.

4) Werner, Zur Lage des Schulverwaltungsrechts in DÖV 1958, S. 433-437 S. 434.

Bei der Volksschule ist das Problem, ob sie als Ausbildungsstätte anzusehen ist, auch deshalb zweitrangig, weil es - von einem bestimmten Schuleintrittsalter abgesehen - keine subjektiven Zulassungsvoraussetzungen dafür gibt.¹⁾ Gerade im Zusammenhang mit vorgeschriebenen Aufnahmeprüfungen wird es in der Regel erst problematisch, ob sie mit dem Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte zu vereinbaren sind.

Die weiterführenden Schulen werden dagegen von der ganz überwiegenden Meinung als Ausbildungsstätten im Sinne des Art. 12 Abs. I GG betrachtet.²⁾ Es ist zwar nicht Zweck der weiterführenden Schulen, für einen ganz bestimmten Beruf auszubilden. Dennoch wird in zunehmendem Maße die Aufnahme und Ausübung einer Reihe von Berufen davon abhängig gemacht, daß der Bewerber den Nachweis des Besuches einer bestimmten Schulart erbringt, bzw. daß er sogar den Abschluß eines Universitätsstudiums nachweist, wobei die Zulassung zur Universität ihrerseits wieder davon abhängt, daß der Bewerber an einer höheren Schule die Reifeprüfung abgelegt hat. Damit wird, von den tatsächlichen Gegebenheiten bei der späteren Berufsaufnahme her gesehen, die weiterführende Schule eben auch zur Ausbildungsstätte, selbst wenn sie in erster Linie eine Stätte möglichst allgemeiner Bildung geblieben ist. Die Fälle werden heutzutage nicht selten sein, wo die Eltern ihre Kinder nicht deshalb zur höheren Schule schicken, damit sie eine möglichst allgemeine Bildung erwerben sollen, sondern damit sie später einen ganz bestimmten, angestrebten Beruf ausüben können.

2.) Wenn die weiterführenden Schulen somit als Ausbildungsstätten im Sinne des Art. 12 GG anzusehen sind, gelten für Schüler und Eltern die Grundsätze, die die Auslegung des Art. 12 GG beherrschen.

Das bedeutet im einzelnen:

a) Die Schüler haben das - von ihren Eltern ausgeübte - Recht, die gewünschte höhere Schule frei zu wählen. Das Verbot einer sogenannten positiven Auslese³⁾ läßt sich also auch mit Art. 12 Abs. I S. 1 GG begründen.⁴⁾

1) Reuter, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl. 1956, S. 227-230

2) Siehe insbesondere Thieme, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Entscheidungen in Schul-, Ausbildungs- und Prüfungssachen, in NJW 1954, S. 742 ff; ferner Peters, Städtetag 1952, S. 99; Hamann, Grundgesetz, Art. 12, Anm. C 4; Rehmert, Verwaltungsgerichtliche Probleme des Schülerrechts, in DÖV 1958, S. 437-445/S. 442, mit weiteren Nachweisen; OVG Berlin, Urt. v. 1. 12. 1954 - OVG I B 97. 54 - in OVGE Berlin Band 3 S. 146-162/S. 152; A. M., aber ohne nähere Begründung, Abraham in Bonner Kommentar, Art. 12, Anm. II, 3 c, sowie OVG Münster, Urt. v. 4. 5. 1957 - V A 1571/55 - in OVGE Münster und Lüneburg, Bd. 12/241-250, S. 245

3) Siehe darüber oben S. 102/103

4) OVG Berlin. Urt. v. 1. 12. 1954 - OVG I B 97. 54 - OVGE 3/146-162

b) Dagegen kann die Zulassung zu einer Ausbildungsstätte - ebenso wie später die Aufnahme des gewählten Berufes selbst, - von bestimmtem "subjektiven Zulassungsvoraussetzungen"¹⁾ abhängig gemacht werden. Von jedem Bewerber können persönliche Qualifikationen, insbesondere eine hinreichende Vorbildung, verlangt werden,²⁾ die gegebenenfalls in einer Aufnahmeprüfung unter Beweis zu stellen sind.³⁾ Wie aber für die Berufsaufnahme selbst der Grundsatz gilt, daß sogenannte subjektive Zulassungsvoraussetzungen "zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen"⁴⁾, so muß nach der Rechtsprechung des BVerwG⁵⁾ dieser Grundsatz auch für die Zulassungsvoraussetzungen gelten, von denen die Aufnahme in eine bestimmte Ausbildungsstätte abhängig gemacht wird.⁶⁾ 7) Für die Aufnahme in eine höhere Schule steht lediglich eine - großzügig gehandhabte - negative Auslese⁸⁾ nicht außer Verhältnis zu dem von der höheren Schule verfolgten Zweck.⁹⁾ Ein Schüler kann deshalb nur dann von der gewünschten weiterführenden Schule ferngehalten werden, wenn sich - z. B. im Wege einer Aufnahmeprüfung - feststellen läßt, daß er seine Mitschüler mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit empfindlich hemmen und deshalb den ganzen Schulbetrieb stören wird. Auch das Recht der freien Wahl der Ausbildungsstätte steht unter der immanenten Schranke, daß es nicht ausgeübt werden darf, wenn dadurch Rechte anderer beeinträchtigt werden.¹⁰⁾

c) Zum Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte gehört es im Schulbereich ferner, daß der Schüler, der in eine bestimmte Schule aufgenommen wurde, diese nach Maßgabe ihrer Zweckbestimmung durchlaufen darf und nicht ohne triftigen Grund von dieser Schule verwiesen werden kann.¹¹⁾

1) Über die Möglichkeiten subjektiver Zulassungsvoraussetzungen für die Berufsaufnahme siehe Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 132- 134, mit weiteren Nachweisen.

2) Hierzu ausführlich das BVerwG im Urt. v. 20. 6. 1958 - VII C 111. 57 -, in BVerwGE Bd. 7 S. 125 ff, das sich mit einem von der Universität ausgesprochenen Verbot des Farbentragens in der Öffentlichkeit befaßt.

3) Thieme, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung, aaO

4) BVerfG, Urt. v. 11. 6. 1958, in BVerfGE Band 7, S. 377

5) Urt. v. 24. 10. 1958 - VII C 104. 57 -, in BVerwGE Band 7, S. 287 ff; (Das Urteil befaßt sich mit dem Verbot des Mensurenchlagens durch eine Uni.)

6) OVG Berlin, Urt. v. 1. 12. 1954 - OVG I B 97. 54 -, in OVG 3/156.

7) Das BVerwG, aaO, erklärt es deshalb für unzulässig, wenn eine Universität den Studienbewerbern die Immatrikulation verweigert, weil sie sich zum Mensurenchlagens bekennen. Ebenso das OVG Berlin, Urt. v. 13. 10. 1954 - OVG I B 38. 54 -, in DVBl. 1955, S. 564-568, als Berufungsinstanz in der Sache.

8) Siehe darüber auch oben S. 103/104

9) So z. B. das OVG Berlin im angeführten Urteil OVG 3/156

Das BVerwG spricht vom "Recht des Bürgers, das öffentliche Rechtsverhältnis entsprechend seiner Zweckbestimmung fortzusetzen"¹⁾. Thieme²⁾ führt dazu noch den Gedanken an, daß die Ausbildung eines Menschen heute praktisch als Vermögenswert anzusehen sei. Deshalb dürfe - da auch das Eigentum nur unter ganz bestimmten Sicherungen entzogen werden könne, - auch die Chance, eine bestimmte Ausbildung zu erhalten, nicht nach freiem Ermessen der Verwaltung gestört werden.

d) Dem Recht von Schülern und Eltern, die gewünschte weiterführende Schule frei zu wählen, entspricht keine Pflicht des Staates, weiterführende Schulen jeder Art und in ausreichender Zahl zur Verfügung zu stellen. Die Wahl ist nur unter den schon bestehenden Schulen frei. Der Staat ist nicht verpflichtet, den Wünschen der Eltern durch Schaffung neuer Schularten oder durch Vermehrung der bestehenden Schulen nachzukommen. Einrichtung und Bau von Schulen gehört zur internen Organisation der öffentlichen Körperschaften, auf die die Eltern nur durch Anregungen, nicht aber mit durchsetzbaren Rechtsansprüchen Einfluß nehmen können.³⁾ Durch die Erschöpfung der Möglichkeiten der Schule in räumlicher und sonstiger technischer Hinsicht wird dem Recht auf Wahl der Schule eine Grenze gesetzt.⁴⁾ Soweit die Anstalten für weitere Schüler keinen Raum bieten, besteht keine Möglichkeit, die Aufnahme zu erzwingen.⁵⁾ Ein Anspruch auf Errichtung neuer Klassen oder Schulen besteht nicht.⁶⁾ Ebenso wenig besteht ein Recht auf Erhaltung, Fortführung und Bestand der schon bestehenden Schulen und Schulklassen⁷⁾; desgleichen wird von der überwiegenden Meinung ein Recht auf Besuch einer ganz bestimmten Schule eines Schulzweiges bzw auf Besuch einer bestimmten Parallelklasse innerhalb einer Schule abge-

10) Über die Zulässigkeit von Aufnahmeprüfungen für höhere Schulen siehe auch LVG Hamburg, Urt. v. 11. 12. 1952 - VII a VG 1574/52 -, in MDR 1953. S. 189; ferner Reuter, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl. 1956, S. 262 - 264

11) Thieme die verwaltungsgerichtliche Überprüfung . . . aaO; Rehmert, Verwaltungsgerichtliche Probleme . . . aaO S 443; mit weiteren Nachweisen

1) Urteil v. 10. 12. 1954. - II C 31. 54 -, in BVerwGE Bd. 1. S. 263; ähnlich das BVerwG im Urt. v. 20. 6. 1958, - VII C 111. 57 -, BVerwGE 7/125.

2) aaO.

3) Heckel, Schulrechtskunde, S. 341

4) Hess. VGH Urt. v. 17. 12. 1954 - OS II 71/54 - in DÖV 1956, S. 628

5) Thieme, aaO

6) Thieme, aaO

7) Hess. VGH, Urt. v. 13. 10. 1950, - VGH OS 94/49 -, in DVBl. 1951. S. 145/146; VG Wiesbaden, Urt. v. 21. 12. 1948 -, II/3 - 2190/48 -, DÖV 1949, S. 437/438; Rehmert, in DÖV 1958/S. 442

lehnt. ¹⁾ Alle diese Fragen unterliegen ausschließlich der Regelung durch die Organisationsgewalt des Staates.

II. Das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz, Art. 3 GG

Nach dem Gebot des Gleichheitssatzes ist tatbestandlich Gleiches rechtlich gleich zu behandeln. ²⁾ Damit enthält der Gleichheitssatz ein allgemeines Verbot an alle Staatsorgane, willkürlich zu handeln oder sachfremden, d. h. nicht in den Tatbeständen begründeten, Unterscheidungen Raum zu machen und damit den Boden der Gerechtigkeit zu verlassen. ³⁾ Kein Schüler darf von der hoheitlichen Schulgewalt willkürlich anders behandelt werden als ein anderer Schüler in einem völlig gleichgelagerten Fall. Dieses Recht auf Gleichbehandlung ist gerade auf dem Gebiete des Schulrechts von noch größerer Bedeutung als anderswo, da der Schulgewalt für ihre Entscheidungen und Bewertungen ein kaum näher begrenzter Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eingeräumt worden ist. ⁴⁾ Dieser umfassende Ermessensspielraum unterliegt jedoch zumindest in soweit der gerichtlichen Kontrolle, als Schülern und Eltern ihr, ebenfalls im Gleichheitssatz enthaltenes, Recht auf fehlerfreies Ermessen geltend machen können. ⁵⁾

Der Verbot willkürlicher und sachfremder Entscheidungen gibt dem Schulbenutzer ein Recht darauf, daß alle ihm gegenüber ergehenden Schulentscheidungen von sachlichen, d. h. von der Ausbildung herbestimmten Gesichtspunkten getragen sein müssen. ⁶⁾ Zum Recht auf fehlerfreie Ermessensbetätigung gehört ferner der Anspruch der Schulbenutzer, daß jedes Handeln der Schulgewalt - insbesondere bei Ordnungsmaßnahmen und Schulstrafen, - in einem rechten Verhältnis zu den veranlassenden Tatbeständen stehen muß. So überprüft das BVerwG ⁷⁾ den Verwaltungsakt, mit dem eine 13-jährige Schülerin wegen Diebstahls von der Schule verwiesen worden war, daraufhin, ob hierbei der Grundsatz von der Verhältnismäßigkeit der ausgewählten Mittel beachtet worden sei.

1) OVG Münster, Urt. v. 4. 5. 1957 - V A 1571/55 -, in OVGE Münster und Lüneburg Band 12, S. 241-250 / S. 245; LVG Minden, Beschl. v. 30. 7. 1951 -, I K 128-51 -, in JZ 1952, S. 491; Rehmert, DÖV 1958/ S. 442

2) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 105

3) Maunz, aaO

4) Siehe darüber oben S. 101, unten Kap. 5

5) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19, IV, Anm. 36; für das Schulrecht ausdrücklich LVG Minden, aaO

6) Thieme, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung ... aaO; Zur Bedeutung des Gleichheitssatzes im Schulrecht vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 23. 6. 1953, -II A 9/53 -, in DÖV 1954, S. 510; ferner Heckel, Schulrechtskunde, S. 270/272

7) Urteil vom 10. 12. 1954, -II C 31/54 -, in BVerwGE Bd. 1 / S. 263

III. Sonstige Rechte

Wenn das Elternrecht, das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte und das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz in der Praxis der Schulrechtsfälle auch die größte Rolle spielen werden, so ist doch der Kreis der sonstigen Rechte, die durch Schulmaßnahmen im Einzelfall berührt werden können, fast unbegrenzt.

Schulische Verbote können weitere Grundrechte betreffen, z. B. das Recht auf ungestörte Religionsausübung, Art. 4, Abs. II GG, wenn den Schülern einer bestimmten Konfession der Besuch von Gottesdiensten verboten wird, die in die Unterrichtszeit fallen; das Recht der freien Meinungsäußerung, Art. 5, Abs. I GG, wenn einem Schüler verboten wird, in der Schule Wahlpropagandazettel für eine bestimmte Partei zu verteilen; das Recht auf Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. I GG, wenn den Schülern der Besuch einer bestimmten Veranstaltung verboten wird.¹⁾

Aber auch der Rechtskreis außerhalb der Grundrechte kann durch schulische Verwaltungsakte betroffen werden. Der von Art. 19 Abs. IV GG gewollte umfassende Rechtsschutz gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gebietet auch eine weite Auslegung des Begriffes der "Rechte", deren Verletzung im verwaltungsgewärtlichen Verfahren geltend zu machen und festzustellen ist.²⁾

So ist unabhängig vom Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte angenommen worden ein allen Bürgern zustehendes Recht auf Benutzung öffentlicher Anstalten, wenn sie in ihrer Person die legitimen Zulassungsbedingungen erfüllen.³⁾

Der Hess. VGH⁴⁾ führt aus, daß jeder Anstaltsbenutzer ein Recht darauf habe, in seinen Rechtsbeziehungen zur Anstalt nach den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts und der insbesondere geltenden Anstaltsordnung behandelt zu werden.⁵⁾

Am weitesten zieht Bettermann⁶⁾ den Kreis der "Rechte", wenn er die Meinung vertritt, daß jedermann von der öffentlichen Gewalt verlangen könne, sich bei ihrer Ausübung ihm gegenüber rechtmäßig zu verhalten. Im Inte-

1) Rehmer, DÖV 1958, S. 443, erwähnt auch das Grundrecht auf "rechtliches Gehör" nach Art. 103 GG das den Eltern eines Schülers zur Äußerung und Verteidigung bereits im schulinternen Bereich zustehe.

2) Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, S. 785

3) Hess. VGH, Urt. v. 13. 10. 1950, -VGH OS 94/49-, in DVBl. 1951/145, 146, OVG Hamburg, Urt. v. 16. 4. 1953, -OVG Bf. II 28/53-, in DVBl. 1953, S. 506-511; OVG Lüneburg, Urt. v. 19. 1. 1957, -V A 91/56-, in DVBl. 1958, S. 105; Krüger, Der Verwaltungsrechtsschutz im Besonderen Gewaltver-

resse der materiellen Gerechtigkeit wird bei Zweifeln, ob ein angefochtener Verwaltungsakt Rechte oder lediglich Interessen des Anfechtungsklägers berührt und gegebenenfalls verletzt habe, immer zu Gunsten des Begriffes der Rechte zu entscheiden sein. Bloße Interessen des Klägers und keine Rechte stehen z. B. dann auf dem Spiel, wenn der Kläger gegen Maßnahmen der inneren Schulorganisation vorgeht, die sich nicht gegen ihn individuell gerichtet haben.¹⁾ Es berührt zwar die Interessen von Eltern und Schülern, ob an ihrem Ort eine große oder eine kleine oder gar keine Schule errichtet wird, oder ob die bestehende Schule vergrößert oder verkleinert werden soll. Durch verwaltungsgerichtliche Verfahren können sie jedoch auf diese Frage der Schulplanung keinen Einfluß nehmen.²⁾

verhältnis, NJW 1953/1369 - 1373, 1372, führt zur Begründung aus, daß die öffentlichen Anstalten ohnehin nur um des Publikums willen geschaffen seien und mit den Mitteln aller Steuerzahler unterhalten würden; kein Staatsbürger dürfe also willkürlich von öffentlichen Anstalten ferngehalten werden.

4) Urt. v. 13. 10. 1950, aaO

5) Das BVerwG, Urt. v. 28. 11. 1957 - II C 50. 57 -, in BVerwGE Band 6, S. 33, stellt für das staatliche Prüfungsverfahren fest, daß der Prüfling "In seinen Rechten" verletzt werde, wenn er nicht nach dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren geprüft würde.

6) Der Schutz der Grundrechte, aaO, S. 803

1) In diesen Fällen wird regelmäßig überhaupt kein Verwaltungsakt vorliegen. Entscheidungen über die Schulorganisation, z. B. über einen Schulneubau, regeln keinen Einzelfall, sondern betreffen eine ganz unbestimmte Vielheit von zukünftigen Fällen.

2) Siehe darüber oben S. 108

§-12) "Rechtsbeschränkungen" durch das schulische Besondere Gewaltverhältnis.

Schulische Verwaltungsakte sind nur dann rechtswidrig, wenn sie die Rechte des Adressaten, die sie berühren, auch verletzen. Rechtsverletzungen sind dann ausgeschlossen, wenn die Schulbenutzer von vornherein zur Inkaufnahme ganz bestimmter Rechtsbeeinträchtigungen verpflichtet sind. Ein Schüler, dem der Besuch einer bestimmten Versammlung verboten wird, kann sich nicht auf sein Grundrecht der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG berufen, wenn ihm dieses Recht in seiner Eigenschaft als Schüler eben nur eingeschränkt zustehen sollte.

Bei der Frage nach dem Umfang der Rechte, die den Schulbenutzern zustehen, geht es im wesentlichen um die zweite These, die schlagwortartig die überkommene Lehre vom Besonderen Gewaltverhältnis kennzeichnet, nämlich:

Im Besonderen Gewaltverhältnis kann der Gewaltunterworfenen sich nicht auf die Grundrechte berufen.¹⁾

Nachdem sich für die Prozeßvoraussetzung Verwaltungsakt aus dem Institut des Besonderen Gewaltverhältnisses keinerlei Besonderheiten mehr ergeben,²⁾ hat sich die Problematik des Rechtsschutzes im Besonderen Gewaltverhältnis nunmehr auf das Gebiet des materiellen Rechts verlagert.³⁾ Die Frage, welche Maßnahmen der Anstaltsgewalt als Verwaltungsakte anzusehen sind, ist von der Frage verdrängt worden, wie weit diese Anstalts-Verwaltungsakte in der Sache selbst gehen dürfen, ehe sie Rechte der Anstaltsbenutzer verletzen.

1 Die überkommene Lehre von den Rechtsbeschränkungen im Besonderen Gewaltverhältnis.

1.) Von ihrem Ursprung her ist die Gewalt in den Besonderen Gewaltverhältnissen im Gegensatz zur versachlichten Staatsgewalt als persönliche Gewalt aufgefaßt worden.⁴⁾ Insbesondere die Anstaltsgewalt ist als eine durch den öffentlichen Zweck der Anstalt erweiterte Hausgewalt des Staates gekennzeichnet worden.⁵⁾ Die unpersönlichen Rechtsinstitute, die das allgemeine Verhältnis von Staat und Staatsbürgern beherrschen, wurden deshalb bewußt für die Anstaltsverhältnisse nicht übernommen. Ein System genau

1) Siehe darüber oben S. 50

2) Siehe oben Kapitel 2, § 6

3) Lerche, Wehrrecht und Verwaltungsggerichtsbarkeit, in DVBl. 1954, S. 626 - 632; vgl. auch Hamann, in DVBl. 1954 / 581 - 583

4) Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 116

5) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 114

festgelegter gegenseitiger Rechtsansprüche und Befugnisse paßte nicht in den Vorstellungskreis, der von so persönlichkeitsbezogenen Begriffen wie Treupflicht und Fürsorgepflicht beherrscht wurde. Ohne deshalb viel Mühe auf die juristische Konstruktion zu verwenden, wurde der hausherrlichen Anstaltsgewalt pauschal die Befugnis zuerkannt, gegenüber den Anstaltsbenutzern alle Maßnahmen zu ergreifen, die zur Durchführung des Anstaltszweckes nach vernünftigem Ermessen zweckentsprechend, geeignet und notwendig seien.¹⁾

So faßt Fleiner²⁾ 1928 die Lehre von den Rechtsbeschränkungen im Besonderen Gewaltverhältnis zusammen:

"... Der besondere öffentliche Zweck, dem jedes besondere Gewaltverhältnis dient, zieht für den Eintretenden von selbst gewisse Beschränkungen seiner persönlichen und seiner staatsbürgerlichen Rechte nach sich. Der Einzelne muß sich diese Verengerungen seiner Freiheitsphäre gefallen lassen. Aber sie dürfen nie über das Maß dessen hinausgehen, was die im öffentlichen Gewaltverhältnis verkörperte Aufgabe verlangt. Wo die Grenze liegt, ist von Fall zu Fall zu bestimmen."

Die Rechtfertigung für alle durch den Zweck des jeweiligen Anstaltsverhältnisses bedingten Rechtsbeschränkungen wurde bei freiwilligem Anstaltsbesuch in der Einwilligung der Anstaltsbenutzer gesehen. Bei unfreiwilligem Anstaltsbesuch konnte keine überzeugende Begründung für die Möglichkeit von Rechtsbeschränkungen gefunden werden; allerdings wurde in diesen Fällen gefordert, daß zumindest die Pflicht, die betreffende Anstalt zu besuchen, nicht ihrerseits nur mit einer Anstaltsordnung, sondern mit einem Gesetz begründet werden müsse.³⁾

2.) An dieser Lehre und insbesondere an ihrer Begründung hat sich - man kann sagen: seltsamerweise - auch nach Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes nicht viel geändert. Obwohl das Grundgesetz die gewährleisteten Grundrechte mit so mannigfaltigen Sicherungen versehen hat und die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkungen genau aufgezählt hat - (vgl. besonders Art. 19, Abs. I und II GG) -, ist die Lehre von den Rechts- und selbst Grundrechtsbeschränkungen in Besonderen Gewaltverhältnissen vielfach in der bisherigen Gestalt übernommen worden. So vertritt das BVerwG⁴⁾

1) Peters, aaO

2) Institutionen, S. 166/167; ähnlich die Zusammenfassung bei Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 370f, 484, 493 bei Anm. 5; nach Otto Mayer, Dt. Verw. R., Bd. II, S. 284 kommen bei den Anstaltsverhältnissen "Mit voller Absicht" ... "wichtige subjektive Rechte nicht zum Vorschein."

3) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 114

4) Urteil vom 20. 6. 1958, - VII C 111. 57 -, in BVerwGE Bd. 7/125 ff

die Meinung, daß eine Einschränkung der durch das Grundgesetz gewährleisteten Freiheitsrechte im Rahmen besonderer Gewaltverhältnisse zulässig sei, wenn sie durch deren Zweck ihre Rechtfertigung finde. Diese Einschränkung dürfe jedoch nicht tiefer dringen, als es das Wesen und der Zweck des besonderen Gewaltverhältnisses unmittelbar erfordern.

Auch Geiger¹⁾ übernimmt die bisherige Lehre, wenn er ausführt, daß die Grundrechte hinter den besonderen Bindungen zurückträten, denen sich der Einzelne durch Eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis unterworfen habe. Die zulässigen Bindungen müßten sich aus der "Natur des besonderen Gewaltverhältnisses" ergeben und "sachgerecht" sein. Verfügungen, die diese Grenze überschritten, könnten zu Grundrechtsverletzungen führen.²⁾

II. Die Stellung der "Besonderen Gewaltverhältnisse" im allgemeinen System der Grundrechtsschranken.

1.) In Besonderen Gewaltverhältnissen ist der Staatsbürger der allgemeinen Staatsgewalt in weit intensiverer Weise ausgesetzt als im allgemeinen Gewaltverhältnis. Anstaltsverhältnisse könnten ihren Zweck nicht erfüllen, wenn sie nicht weitergehende Befugnisse hätten, als sie der Staat im allgemeinen Gewaltverhältnis besitzt. Eine wirksame Schulerziehung wäre nicht denkbar, wenn z. B. ein achtjähriger Schüler mitten im Unterricht aufstehen und das Klassenzimmer mit den Worten verlassen könnte, daß die Freiheit seiner Person unverletzlich sei und daß er deshalb für den Augenblick die Fortsetzung des Unterrichts hinter einem Spaziergang zum nahen Eisverkäufer zurückstellen möchte.

Deshalb ist es - vom Ergebnis her gesehen -, sicher richtig, wenn man Rechts- und auch Grundrechtsbeschränkungen in Besonderen Gewaltverhältnissen entsprechend der Zwecksetzung des jeweiligen Besonderen Gewaltverhältnisses für zulässig hält. Es geht nur darum, daß dieses Ergebnis auch entsprechend der geltenden Verfassungsbestimmungen begründet wird. Das Grundgesetz kennt keinen allgemeinen Grundrechtseinschränkungs-Tatbestand "Besonderes Gewaltverhältnis"³⁾. Für die bisher gebrauchte Formel "Grundrechte im Besonderen Gewaltverhältnis nur nach der jeweiligen Zweckbestimmung" muß deshalb ein Platz im allgemeinen System der

1) Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 90, Anm. 6, c, S. 280

2) Die Möglichkeit von Grundrechtseinschränkungen nach der Zweckbestimmung besonderer Gewaltverhältnisse wird auch vom OVG Berlin anerkannt; vgl. die Urteile vom 1. 12. 1954, - OVG I B 97/54 -, in OVGE Berlin Bd. 3, S. 146 - 162, S. 155, und vom 13. 10. 1954, - OVG I B 38/54 -, in DVBl. 1955 / S. 564 - 568, S. 565.

3) Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem GG, in DVBl. 1950, S. 625 - 629, S. 628

Grundrechtsschranken gefunden werden. Denn es entspricht nicht der "Aufwertung der Grundrechte"¹⁾ durch das Grundgesetz, wenn man die Möglichkeit von Grundrechtsbeschränkungen in einer Reihe von bedeutenden Lebensbereichen ohne nähere Rechtfertigung anerkennt.

2.) Beim Versuch der Einfügung der "Besonderen Gewaltverhältnisse" in das allgemeine System der Grundrechtsschranken zeigt sich, daß, - zumindest im Hinblick auf die Zulässigkeit von Rechts- und Grundrechtsbeschränkungen -, der allgemeine Oberbegriff des "Besonderen Gewaltverhältnisses" mehr Verwirrung als Klarheit schafft. Die Einführung eines Grundrechtsbeschränkungstatbestandes "Besonderes Gewaltverhältnis" erweckt den Eindruck, als gäbe es zwei verschiedene Arten von Grundrechtsbeschränkungen, nämlich einmal die allgemein anerkannten und mit der Verfassung ohne weiteres zu vereinbarenden Grundrechtsschranken²⁾, und zum andern die als etwas nebelhaft empfundenen und vom Rechtsstaat her gesehen irgendwie verdächtigen Rechtsbeschränkungen durch die "Besonderen Gewaltverhältnisse." Die Diskussion um Rechtsstaatlichkeit oder Nichtrechtsstaatlichkeit der "Besonderen Gewaltverhältnisse" würde an Bedeutung verlieren, wenn man sich klarmachte, daß man das öffentliche Leben in allen seinen Teilbereichen genauso wirksam gestalten könnte, wenn man auf die Zwischenschaltung eines allgemeinen Oberbegriffes "Besonderes Gewaltverhältnis" für einzelne Teilbereiche des öffentlichen Lebens verzichtete. Es ist ja nicht so, daß irgendwelche bestimmte "Besondere Gewaltverhältnisse" einfach gegeben sind, die nunmehr nachträglich recht und schlecht in das rechtsstaatliche Gefüge eingebaut werden müssen. Zuerst ist eine bestimmte, festgefügte rechtsstaatliche Ordnung da, die ganz bestimmte Rechtsbeschränkungen erlaubt. Davon ausgehend ist es dann lediglich eine Frage der wissenschaftlichen Ergiebigkeit, ob man eine Reihe der von der Verfassung erlaubten Rechtsbeschränkungstatbestände unter einem Oberbegriff wie dem des "Besonderen Gewaltverhältnisses" zusammenfassen soll.

Gerade bei der Frage nach den Rechtsbeschränkungsmöglichkeiten würde es jedoch der Klarheit weit mehr dienen, wenn man den "unklaren und schillernden"³⁾ Begriff des Besonderen Gewaltverhältnisses auf dasjenige "im eigentlichen Sinne", also etwa auf das "Staat - Beamten - Verhältnis" oder auf das "Schule - Schüler - Verhältnis" beschränkte.⁴⁾ Die Besonderen Gewaltverhältnisse sind von sehr verschiedener Art; die Differenziertheit der mit dem Oberbegriff zusammengefaßten Lebensbereiche

1) Krüger, Der Verwaltungsrechtsschutz in besonderen Gewaltverhältnissen, in NJW 1953, S. 1369 - 1373/ S. 1372

2) Siehe dazu unten S. 116 - 118

3) Redeker, in JZ 1954, S. 625 - 628

4) Redeker, aaO

muß jeweils deutlich hervorgehoben werden.¹⁾ In Wirklichkeit haben der Beamte, der Schüler, der Soldat und erst recht der Anstaltsinsasse eben jeweils ihre ganz eigene Ordnung, und was dem Beamten im Beamtenverhältnis recht ist, braucht dem Fürsorgezögling im Verhältnis zu seiner Erziehungsanstalt noch nicht billig zu sein.²⁾ Jedes einzelne dieser "Besonderen Gewaltverhältnisse" ist nichts anderes als eine Teilordnung des öffentlichen Lebens. Auch Weber³⁾ schlägt deshalb vor, man solle sich daran gewöhnen, die zur Zeit ihrer Entstehung sicherlich praktikable Formel vom Besonderen Gewaltverhältnis sozusagen einmal zu suspendieren, damit man sich nicht zu stark durch den "Sog dieser Begriffsprägung" bestimmen lasse, die zwar seinerzeit einmal eine wichtige Funktion hatte, die aber heute diese Funktion nicht mehr so charakteristisch erfüllt.⁴⁾

3) Schaltet man also einmal einen Grundrechtseinschränkungs - Sonder tatbestand "Besonderes Gewaltverhältnis" aus, so sind die rechts- und grundrechtsbeschränkenden Betätigungen der öffentlichen Gewalt in allen Teilbereichen des öffentlichen Lebens allein an den allgemeinen Tatbeständen möglicher Grundrechtseinschränkungen zu messen.

a) v. Mangoldt-Klein⁵⁾ teilt die allgemeinen Möglichkeiten für Grundrechtsbeschränkungen zunächst in zwei große Gruppen ein, nämlich in

Gewährleistungsschranken und Vorbehaltsschranken.

aa) Die sogenannten Gewährleistungsschranken werden dabei nicht als Schranken in dem Sinne aufgefaßt, daß durch sie etwas, das zunächst in größerem Umfang besteht, eingeschränkt würde. Die Gewährleistungsschranken bestimmen selbst erst Inhalt und Umfang des gewährleisteten Grundrechts, d. h. erst mit Hilfe der Gewährleistungsschranken kann überhaupt erst festgestellt werden, in welcher Weise ein Grundrecht von der Verfassung gewährt worden ist.

Erst wenn ermittelt ist, was das Grundrecht in Inhalt und Umfang gewährt, stellt sich die zweite Frage, auf welche Weise dieses Grundrecht nunmehr im eigentlichen Sinn eingeschränkt werden kann. Diese Einschränkung er-

1) Weber, in VVDStL Heft 15, S. 186/188/190; ebenso Ipsen, in VVDStL Heft 15, S. 200

2) Weber, aaO

3) aaO

4) Zustimmend Ule, in VVDStL Heft 15, S. 221, der ebenfalls empfiehlt, daß nicht mehr von dem Besonderen Gewaltverhältnis gesprochen werden solle, sondern jeweils von den einzelnen in Rede stehenden Rechtsverhältnissen.

5) Kommentar zum Grundgesetz, 1957, Vorbem. B, XV, S. 120 - 133

folgt durch die sogenannten Vorbehaltsschranken. Alle Bestimmungen des Grundgesetzes über die Möglichkeiten von Einschränkungen der Grundrechte¹⁾ beziehen sich nach diesem System allein auf die Vorbehaltsschranken.

bb) Die Gewährleistungsschranken werden dann weiter untergeteilt in sachliche und in persönliche Gewährleistungsschranken.

Die sachlichen Gewährleistungsschranken bestimmen den Begriff des gewährleisteten Grundrechts in Bezug auf die geregelte Sache. Sie legen also fest, was die Verfassung unter "Freiheit" oder unter "Eigentum" versteht.

Die persönlichen Gewährleistungsschranken bestimmen, welchem Personenkreis die sachlich gewährleisteten Grundrechte zustehen, ob "allen Menschen", "allen Deutschen" oder "jedem".

Sachliche oder persönliche Gewährleistungsschranken können den Grundrechten inhaerent oder immanent sein in der Weise, daß sie sich bereits aus den Begriffen der Grundrechte selbst ergeben (immanente sachliche bzw. immanente persönliche Gewährleistungsschranken).

Sie können sich aber auch erst aus dem System aller Grundrechte ergeben, wenn mehrere gleichzeitig gewährleistete Grundrechte in einer bestimmten systematischen Beziehung zueinander stehen. Wenn Freiheit und Gleichheit gleichzeitig gewährt werden, muß bei der Auslegung des einen Begriffs die Gewährung des andern Begriffs mitberücksichtigt werden. Freiheit kann nur soweit gewährt worden sein, als es der Grundsatz der Gleichheit zuläßt, und Gleichheit darf nicht soweit führen, daß dem einzelnen keine individuelle Freiheit mehr bleibt. Die Auslegungsschranken, die sich für jedes einzelne Grundrecht aus dem System aller Grundrechte ergeben, werden als systematische sachliche bzw. als systematische persönliche Gewährleistungsschranken bezeichnet.

b) Maunz²⁾ unterscheidet bei den zulässigen Möglichkeiten für Grundrechtsbeschränkungen zwischen den Einschränkungen, die aufgrund spezieller Gesetzesvorbehalte erfolgen können³⁾ und den immanenten Grundrechtsschranken.⁴⁾ Als immanente Grundrechtsschranken aller Freiheitsrechte stellen sich die in Art. 2 Abs. I GG aufgeführten Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz dar. Wird der Gesetzgeber im Rahmen dieser immanenten, durch die Verfassung dem Grund-

2) Deutsches Staatsrecht, S. 93/94

3) Diese entsprechen genau den Vorbehaltsschranken im System bei v. Mangoldt-Klein.

4) Diese sind zu vergleichen mit den Gewährleistungsschranken bei v. Mangoldt-Klein.

1) vgl. z. B. Art. 2, II, 2; Art. 8 II; Art. 10; Art. 11, II; Art. 19, I und II

recht vorgegebenen Schranken tätig, so schafft er damit nicht in konstitutiver Weise neue Grundrechtseinschränkungen, sondern er füllt lediglich in interpretativer Weise den durch das Grundgesetz vorgegebenen Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung aus. Für die Betätigung der öffentlichen Gewalt auf diesem Gebiet spricht Maunz¹⁾ deshalb von einem "Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken".

c) Zu den Gewährleistungsschranken oder zu den immanenten Schranken der Grundrechte wird man auch den Grundsatz zu rechnen haben, daß alle Grundrechte an der Schranke der elementaren öffentlichen Ordnungsnormen enden. Dazu gehört alles, was zur Wahrung eines gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens unerlässlich ist.²⁾

Hierher gehört ferner die vom BVerwG in ständiger Rechtsprechung vertretene Lehre, nach der es zum Inbegriff aller Grundrechte gehört, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden.³⁾

4.) Da es den Rechtfertigungsgrund "Durch den Zweck des Besonderen Gewaltverhältnisses begründet" für Grundrechtsbeschränkungen nach dem Grundgesetz nicht gibt, ist jeder einzelne Teilbereich der öffentlichen Ordnung daran zu messen, welche Ansatzpunkte er für die allgemeinen Vorbehalts- oder Gewährleistungsschranken bietet. Soweit sich dabei für die unter dem Oberbegriff "Besonderes Gewaltverhältnis" zusammengefaßten Lebensbereiche überhaupt Gemeinsamkeiten erkennen lassen, ist folgendes herauszustellen:

a) Es gibt bestimmte Teilordnungen des öffentlichen Lebens, in denen sich aus dem systematischen Spannungsverhältnis verschiedener Verfassungsbestimmungen ergeben kann, daß den Angehörigen dieser Teilordnungen die Grundrechte in anderer Weise gewährleistet sind als den Angehörigen anderer Teilordnungen. Gemäß Art. 6 Abs. II S. 2 und Art. 7 GG muß man davon ausgehen, daß staatliche Schulerziehung verfassungsgemäß ist.⁴⁾ Jedes Grundrecht der Schüler muß nun so ausgelegt werden, daß die gleichzeitig verfassungsgemäße staatliche Schulerziehung nicht beeinträchtigt wird. Damit werden die Grundrechte der Schüler aber nicht durch den Tatbestand

1) aaO S. 94

2) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. I, Anm. VIII, 7

3) So z. B. im Urteil v. 20. 6. 1958, - VII C 111. 57 -, in BVerwGE Bd. 7, S. 125 ff; ebenso das OVG Berlin in den beiden Urteilen v. 13. 10. 1954, OVG I B 38. 54 -, in DVBl. 1955, S. 564-568, S. 565 und v. 1. 12. 1954, - OVG I B 97. 54-, in OVGE Berlin Bd. 3, S. 146-162, S. 156 mit weiteren Nachweisen.

4) Siehe oben S. 97 - 99

"Besondere Gewaltverhältnis Schule", sondern durch die allgemeinen Grundrechtsschranken begrenzt. Die Grundrechte der Schüler haben die immanente Schranke, daß sie an den Rechten anderer, nämlich am Recht der staatlichen Gemeinschaft auf Schulerziehung, enden. Den Schülern sind, wie eine systematische Auslegung der Verfassung ergibt, Grundrechte überhaupt nur soweit gewährleistet, daß eine verfassungsgemäße Schulerziehung durchgeführt werden kann. Die Schule kann ihre verfassungsgemäße Aufgabe, Wissen und Können zu vermitteln, nicht durchführen, wenn die Schüler unter Berufung auf das Grundrecht der Freiheit vom Unterricht nach Belieben fernbleiben könnten.

Anders formuliert, könnte man mit der Lehre des BVerwG auch argumentieren, daß wirksame staatliche Schulerziehung ein Rechtsgut ist, das für den Bestand der Gemeinschaft notwendig ist. Deshalb gehört es zum Inbegriff aller Rechte der Schüler, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn durch diese Inanspruchnahme das Rechtsgut der staatlichen Schulerziehung beeinträchtigt würde.

Die Besonderen Gewaltverhältnisse der überkommenen Lehre sind nur dann verfassungsgemäß, wenn sie sich - wie z. B. das Schulverhältnis - auch ohne Rückgriff auf einen Grundrechtsbeschränkungstatbestand eigener Art und nur an Hand der allgemeinen Grundrechtsbeschränkungsmöglichkeiten rechtfertigen lassen.¹⁾

b) Da sich verfassungsmäßige "Besondere Gewaltverhältnisse" durch immanente oder Gewährleistungsschranken rechtfertigen müssen, können Gesetze, die solche Teilbereiche des öffentlichen Lebens regeln, ohne Beachtung der Formvorschriften in Art. 19 Abs. I und II GG ergehen. Denn wenn den Angehörigen dieser Teilbereiche die Grundrechte schon durch die Verfassung nur in einem bestimmten Umfang gewährleistet sind, dann schränken die Gesetze zur Ausfüllung der immanenten Grundrechtsschranken ihrerseits nichts

1) v. Mangoldt-Klein reiht die Rechtsbeschränkungen, die durch verfassungsgemäße Besondere Gewaltverhältnisse erfolgen, bei den persönlichen Gewährleistungsschranken ein, aaO, Vorbem. B, XV, 2, e, S. 129 und Vorbem. B, XVI, 4, S. 136; auch Heckel, Schulrechtskunde S. 270, begründet die Zulässigkeit Besonderer Gewaltverhältnisse mit dem systematischen Spannungsverhältnis einzelner Verfassungsbestimmungen zueinander, wenn er auf die ständige Konkurrenz zwischen Anstaltsmaßnahmen einerseits und den Freiheitsrechten der Gewaltunterworfenen andererseits hinweist.

Bachof, VVDStL Heft 12, S. 60/61, nähert sich mehr der Grundrechtseinschränkungs-Lehre des BVerwG wenn er die Frage aufwirft, ob nicht im Einzelfall das Berufen auf die Grundrechte zur Rechtfertigung eines dem Zweck eines Besonderen Gewaltverhältnisses zuwiderlaufenden Verhaltens als mißbräuchlich angesehen werden könne.

mehr ein. ¹⁾ Die Ausfüllung dieser immanenten Schranken wäre sogar durch einfachen Verwaltungsakt möglich. ²⁾

c) "Besondere Gewaltverhältnisse" als Fälle immanenter Grundrechtsschranken müssen sich auf die Verfassung unmittelbar stützen können oder sich zumindest mittelbar aus der Verfassung herleiten lassen.

V. Mangoldt-Klein³⁾ sieht die unmittelbare gesetzliche Grundlage für das Beamtenverhältnis in Art. 33 GG, für das Schulverhältnis in Art. 7 GG, für das Hochschulverhältnis in Art. 5 Abs. III GG, für das Wehrverhältnis in Art. 73 Nr. 1 GG und in den übrigen wehrrechtlichen Ergänzungen des ursprünglichen Grundgesetztextes. Die andern Besonderen Gewaltverhältnisse gründen nach seiner Meinung mittelbar im Grundgesetz und in der vom Grundgesetz vorgeschriebenen bzw. vorausgesetzten rechtlichen Ordnung. ⁴⁾

d) Wesen, Sinn und Zweck des jeweiligen Besonderen Gewaltverhältnisses bestimmen im einzelnen den Verlauf der Gewährleistungsschranken. ⁵⁾ Dabei ergeben sich Wesen, Sinn und Zweck der Besonderen Gewaltverhältnisse ihrerseits erst wieder aus der Auslegung und der Zusammenschau der gesamten Verfassungsbestimmungen. Denn nur aus der Verfassung selbst kann sich ergeben, welchen Zweck der Staat in den einzelnen Teilbereichen des öffentlichen Lebens verfolgen darf. Die Zwecksetzung jedes einzelnen Tätigkeitsbereiches öffentlicher Verwaltung kann nur nach Maßgabe der Verfassung und insbesondere nach Maßgabe ihrer freiheitsgewährleistenden Grundrechte⁶⁾ erfolgen.

Es ist demnach ein einheitlicher Auslegungsvorgang, der zur Ermittlung führt, welche Zwecke der Staat auf welche Weise verfolgen darf, und welche Gewährleistungsschranken sich aus diesen verfassungsgemäßen Zwecksetzungen für die einzelnen Grundrechte derjenigen ergeben, die in diesen Teilbereich staatlicher Zweckverfolgung einbezogen sind. Für diese Auslegung ergeben sich keine Gemeinsamkeiten mehr für die Besonderen Gewaltverhältnisse. Sie ist für jeden Teilbereich staatlicher Tätigkeit gesondert vorzunehmen.

1) v. Mangoldt-Klein, aaO. Vorbem. B, XVI, 4, S. 137; Maunz, aaO, S. 94

2) v. Mangoldt-Klein, aaO

3) aaO, Vorbem. B, XVI, 4, S. 136

4) Krüger, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 121. und Die Einschränkung von Grundrechten nach dem GG in DVBl 1950, S. 625-629 führt ebenfalls aus, daß zulässige Besondere Gewaltverhältnisse auf die Verfassung zurückzuführen sein müßten, da die Staatsgewalt überhaupt nur soweit existiere, wie sie durch die Verfassung gedacht sei.

5) v. Mangoldt-Klein, aaO, Vorbem. B, XVI, 4, S. 137

6) Bachof, VVDSTL Heft 15, S. 206

III. Immanente Grundrechtsschranken im Schulverhältnis

1.) Das Problem der Rechts- und Grundrechtsbeschränkungen durch die Staatsgewalt stellt sich im Schulverhältnis nur dort, wo es sich um Pflichtschulen handelt. Bei den weiterführenden Schulen können die Maßnahmen der Schulgewalt durch die Einwilligung der Schüler bzw. durch die Einwilligung der für die Schüler handelnden Eltern gerechtfertigt werden. Die Grundrechte sind zwar als Ganzes unverzichtbar¹⁾; es steht aber im Belieben jedes Menschen, in welchem Umfang er von seinem Grundrechten Gebrauch machen will.²⁾ Den Eltern ist es also möglich, von ihrem Elternrecht in der Weise Gebrauch zu machen, daß sie beschließen, die Erziehung und Unterrichtung ihres Kindes solle in einem bestimmten Teilbereich nicht von ihnen, sondern von einer öffentlichen Schule durchgeführt werden. Sie verzichten damit nicht auf ihr Erziehungsrecht, sondern sie betätigen es ja gerade dadurch, daß sie ihrem Kind eine ganz bestimmte Erziehung angedeihen lassen wollen. Bei Anmeldung ihres Kindes zu einer weiterführenden Schule ist den Eltern bekannt, welche Erziehungs- und Unterrichtsmaßnahmen an der gewählten Schule in der Regel durchgeführt werden. Es ist der erzieherische Wille der Eltern, daß das Kind diesen Erziehungs- und Unterrichtsmaßnahmen unterworfen werde. Ändern sie diesen Willen, dann können sie ihr Kind jederzeit wieder aus der Schule herausnehmen. Während des Besuches der weiterführenden Schule wird ihr Erziehungsrecht nur verletzt, wenn die Schule Maßnahmen trifft, die durch den Zweck der betreffenden Schule nicht mehr geboten und gerechtfertigt sind und die deshalb vom erzieherischen Willen der Eltern auch nicht mehr mit umfaßt waren, als sie ihr Kind in dieser Schule anmeldeten.

Eigene Rechte der Schüler werden durch Maßnahmen weiterführender Schulen ebenfalls nur insoweit verletzt, als sie außerhalb des Zweckes der betreffenden Schule liegen. Die Schüler bestimmen nicht selbst über die Ausübung der ihnen zustehenden Grundrechte. Bestimmen die Eltern, daß sie sich den Erziehungs- und Unterrichtsmaßnahmen einer bestimmten Schule unterwerfen sollen, dann verletzen alle Verwaltungsakte, die der Betrieb dieser Schule mit sich bringt, keine Rechte der Schüler. Erst wenn die Schule Verwaltungsakte erläßt, die außerhalb des Schulzweckes liegen, werden außer dem Elternrecht auch eigene Rechte der Schüler verletzt, da die Schüler solchen Verwaltungsakten bei Schuleintritt nicht unterstellt werden sollten.

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 115; ebenso v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz, Vorbem. B, XVI, 5, S. 137

2) v. Mangoldt-Klein aaO

Krüger, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem GG, in DVBl. 1950 S. 625 - 629

Die "Freiwilligkeit", mit der der Besuch weiterführender Schulen erfolgt, darf freilich nicht überschätzt werden. Praktisch sind die Eltern auf die öffentlichen weiterführenden Schulen angewiesen, wenn sie für ihre Kinder ganz bestimmte Berufe ausersehen haben. Die weiterführenden Schulen sind zu wichtigen "Verwaltungszweigen der Daseinsvorsorge"¹⁾ geworden. Nach Heckel²⁾ ist jeder "freiwillig-unfreiwillig", d.h. tatsächlich, in das verwickelte Gefüge zahlreicher öffentlicher Einrichtungen und Anstalten eingliedert, die für sein Dasein nötig sind.³⁾ Deshalb darf die Einwilligung zu rechtsbeschränkenden Anordnungen nur in einem eng begrenzten Rahmen als gegeben angesehen werden. Die öffentliche Schule darf ihre tatsächliche Überlegenheit Eltern und Schülern gegenüber nicht dadurch ausnützen, daß sie die Erlangung der Universitätsreife oder die Ergreifung bestimmter Berufe von dem Besuch von Schulen abhängig macht, die sie mit allen möglichen Machtbefugnissen auch außerschulischer Art ausstattet.

2.) Die Benutzer von Pflichtschulen stehen demgegenüber in einem Teilbereich der öffentlichen Ordnung, in dem die Grundrechte von vornherein nur in einem durch immanente Schranken begrenzten Umfange gewährleistet sind.⁴⁾ Das Grundgesetz kann nicht gleichzeitig unbeschränkbare Grundrechte gewähren und staatliche Schulerziehung für verfassungsgemäß erklären. Wenn staatliche Schulerziehung verfassungsmäßig ist, - und sie ist es gemäß Art. 6 Abs. II S. 2 und Art. 7 GG -, dann sind Schülern und Eltern ihre Grundrechte nur insoweit gewährleistet, als dies mit staatlicher, wirksamer Schulerziehung zu vereinbaren ist. Schulgesetze, die sich im Rahmen verfassungsgemäßer Schulerziehung halten, schränken nicht mehr ihrerseits Grundrechte der Schulbenutzer ein und brauchen deshalb auch keine Grundrechte gemäß Art. 19 Abs. I GG als betroffen aufführen.⁵⁾

3.) Durch die freiwillige Beschränkung der Rechtsausübung bei weiterführenden Schulen und durch die immanenten Grundrechtsschranken im Schulverhältnis an Pflichtschulen ergeben sich bei der Geltendmachung jeder Rechtsverletzung durch schulische Verwaltungsakte die gleichen Schwierigkeiten, die bei der Abgrenzung von Elternrecht und Schulerziehungsrecht überhaupt

1) Heckel, Schulrechtskunde, S. 269; 2) aaO

3) Über die begrenzte "Freiwilligkeit" bei den sogenannten freiwilligen Besonderen Gewaltverhältnissen auch Thierne, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 524; das BVerwG, Urt. v. 24. 10. 1958, -VII-C 104. 57-, in BVerwGE 7/287 spricht für die Universitäten von einem "indirekten Benutzungs-zwang."

4) Siehe dazu oben S. 119/120

5) So das BVerwG, Urt. v. 29. 6. 1957, -II C. 105. 56-, in BVerwGE, Bd. 5, S. 153

festzustellen sind. ¹⁾ Was ist verfassungsgemäße Schulerziehung? Was ist der - eng zu begrenzende - Zweck einer bestimmten weiterführenden Schule? Welche Maßnahmen der betreffenden weiterführenden Schule haben die Eltern in ihren erzieherischen Willen aufgenommen und welche nicht? Diese schwierigen Entscheidungen bleiben in jedem Einzelfall dem Richter überlassen. Er stellt fest, was der Zweck des in Rede stehenden Anstaltsverhältnisses ist, bzw. von Verfassungs wegen sein darf. ²⁾ Sache des Richters ist es, das Schulrecht in das Gesamtsystem der Verfassung einzuordnen ³⁾ und in Einzelfällen die Rechtslücke zu füllen, die in der Schulgesetzgebung wegen der schwer greifbaren Materie allenthalben besteht. ⁴⁾ Fast unbegrenzt große Ermessensspielräume sind auf dem Schulgebiet die Regel und machen eine sachliche Überprüfung des angefochtenen Verwaltungsaktes unmöglich. Vor Rechtsverletzungen im Schulverhältnis kann auf dem Gebiete des materiellen Rechtes deshalb nur eine eltern- und schülerfreundliche Auslegung der Schulrechtsbestimmungen schützen. Die Vermutung muß zugunsten der Rechte und Freiheiten und zuungunsten ihrer Schranken und Ausnahmen sprechen. ⁵⁾ Man muß sich vergegenwärtigen, daß letzter Grund aller öffentlichen Schulerziehung das Interesse der staatlichen Gemeinschaft daran ist, daß alle Staatsbürger eine bestimmte Mindestbildung und -erziehung erhalten. In einer freiheitlichen Rechtsordnung aber muß dieses Interesse der Gemeinschaft sich darauf bescheiden, so wenig wie möglich in die Privatsphäre des Individuums einzudringen und vom einzelnen Staatsbürger wirklich nur das zu fordern, was für die Gemeinschaft unbedingt erforderlich ist.

1) Vgl. z. B. Heckel, Gegenwartsprobleme des Schulrechts und der Schulverwaltung, in DVBl. 1957, S. 482-488/S. 486

2) BVerwG, Urt. v. 20. 6. 1958, - BVerwG VII C 111.57 -, in BVerwGE Band 7 / S. 125 ff

3) Werner, Zur Lage des Schulverwaltungsrechtes, in DÖV 1958, S. 433 - 437 / S. 434

4) Heckel, Gegenwartsprobleme des Schulrechts und der Schulverwaltung, in DVBl. 1957, S. 482 - 488 / S. 486

5) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 116

Die Rechtsgrundlagen für Verwaltungsakte im Schulverhältnis.

Zu den in Art. 20 GG niedergelegten rechtsstaatlichen Prinzipien gehört der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Nach Art. 20 Abs. III GG ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Belastende Verwaltungsakte, bei denen jede rechtsatzmäßige Bindung fehlt, sind rechtswidrig.¹⁾ Jeder belastende Verwaltungsakt muß erstens überhaupt eine gesetzliche Grundlage haben und zweitens in Einklang mit dem Inhalt der Gesetzesvorschrift stehen, auf die er sich beruft.²⁾ Ein Gesetz im materiellen Sinn ist als Rechtsgrundlage ausreichend.³⁾

Schulische Verwaltungsakte sind also dann rechtswidrig, wenn sie sich entweder auf überhaupt keine gesetzliche Grundlage stützen oder wenn sie gegen allgemein verbindliche Rechtssätze (Gesetz im formellen Sinn, Rechtsverordnung) verstoßen. Gleichzeitig verletzen solche Verwaltungsakte auch Rechte ihrer Adressaten, da es zu den Rechten jedes Staatsbürgers gehört, daß die öffentliche Gewalt sich ihm gegenüber rechtmäßig verhält.⁴⁾ Schulische Verwaltungsakte ohne rechtliche Grundlage müssen demnach gemäß § 113 Abs. I S. 1 VwGO aufgehoben werden.

So stellt sich die Frage, an Hand welcher gesetzlichen Grundlagen die Verwaltungsakte im Schulverhältnis im Einzelfall überprüft werden können. Dabei soll zunächst ein Überblick über die Rechtsquellen des Schulbenutzerrechtes gegeben werden (§ 13).

Anschließend ist gesondert auf die Probleme im Zusammenhang mit den generellen Vorschriften einzugehen, die von den Schulverwaltungsbehörden zur Regelung des Schulverhältnisses erlassen werden. Dabei geht es insbesondere um die Rechtsnatur dieser Vorschriften, (Rechtsverordnung oder Verwaltungsverordnung), und um die Handhabung dieser Vorschriften im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. (§ 14)

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 58; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 216

2) Forsthoff, aaO, unterscheidet demgemäß zwischen gesetzlosen und gesetzesverletzenden Verwaltungsakten, die freilich in ihrer Rechtswidrigkeit gleichzustellen sind.

3) Maunz, aaO

4) Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, S. 785; siehe dazu auch oben S. 110/111

§ 13) Die Rechtsquellen des Schulbenutzerrechtes

Das Schulbenutzerrecht ist jener Teil des Schulrechts, der das Schulverhältnis als Rechtsbeziehung zwischen der öffentlichen Schulgewalt einerseits und den Schulbenutzern andererseits regelt. Wie beim Schulrecht in seiner Gesamtheit, ist auch hier zwischen einem Schulbenutzerrecht im weiteren Sinn und einem Schulbenutzerrecht im engeren Sinn zu unterscheiden.¹⁾ Im folgenden soll nur vom Schulbenutzerrecht im engeren Sinn, d. h. von dem für das Schulverhältnis gesetzten Sonderrecht die Rede sein.²⁾

Als Rechtsquellen für das Schulbenutzerrecht im engeren Sinn kommen in Frage:

I. Verfassungsbestimmungen

1.) Das Bonner Grundgesetz enthält in Art. 7 Abs. I GG die Grundnorm allen Schulbenutzerrechtes, indem es das gesamte Schulwesen und damit auch die gesamte Ausgestaltung des Schulverhältnisses der Aufsicht des Staates unterstellt.

Einzelregelungen finden sich, da das Schulrecht zur Zuständigkeit der Länder gehört, ebenfalls nur in dem einzigen bundeseinheitlichen Art. 7 GG. Eine schulische Anordnung, die den Eltern das Recht nähme, über die Teilnahme ihrer Kinder am Religionsunterricht zu bestimmen, wäre als Verstoß gegen Art. 7 Abs. II GG rechtswidrig.

2.) Eingehendere Vorschriften über die Ausgestaltung des Schulverhältnisses finden sich in den Landesverfassungen.

In der Bayerischen Verfassung vom 2. Dezember 1946 werden z. B. in einem selbständigen Abschnitt "Bildung und Schule" (Art. 128 - 141 BV) die allgemeinen Grundsätze für das öffentliche Schulwesen niedergelegt. In Übereinstimmung mit Art. 7 Abs. I GG unterstellt Art. 130 Abs. I BV das gesamte Schulwesen der Aufsicht des Staates. Art. 129 BV begründet die allgemeine Pflicht zum Besuch der Volks- und Berufsschulen. Art. 131 BV umreißt die Unterrichts- und Erziehungsziele, zu denen eine verfassungsgemäße Schulerziehung führen soll und darf. Unterrichts- und Erziehungsmaßnahmen sind rechtswidrig, wenn sie außerhalb dessen liegen, was gemäß Art. 131 BV zu einer verfassungsmäßigen Schulerziehung gehört. Art. 132 BV stellt die Grundsätze auf, die für die Aufnahme eines Kindes in eine bestimmte Schule maßgebend sein müssen. Danach ist z. B. eine Auslese bei der Schulaufnahme rechtswidrig, wenn sie nicht aufgrund von Neigung und Leistung des Kindes, sondern aufgrund der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Stellung der Eltern erfolgt. Art. 137 BV regelt die Rechte der Schulbenutzer in

1) Siehe oben S. 8

2) Siehe oben S. 8

Bezug auf die Bestimmung der Teilnahme am Religionsunterricht. Damit stellt die Bayerische Verfassung fest, innerhalb welchen Rahmens staatliche Schulerziehung betrieben werden darf. Die Ausfüllung dieses Rahmens obliegt der staatlichen Schulaufsicht.

II. Gesetzesbestimmungen

Die Zahl der Gesetze im formellen Sinn ist auf dem Gebiete des Schulbenutzerrechtes verhältnismäßig gering. Nur wenige Länder haben den Versuch unternommen, das gesamte Schulwesen in einem zusammenhängenden Gesetz zu regeln.¹⁾ Meistens beschränken sich die Länder auf Einzelgesetze.

In Bayern grenzt z. B. das Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen vom 9. 3. 1960 (GVBl. S. 19) in Art. 4 die Aufgaben der öffentlichen Schulen von den Aufgaben der Privatschulen ab. Art. 5 EUG bringt die für die Beurteilung des gesamten Schulverhältnisses bedeutende Feststellung, daß die öffentlichen Schulen in der Form von nichtrechtsfähigen öffentlichen Anstalten betrieben werden und daß das zuständige Staatsministerium Anstaltsordnungen zur Regelung des Schulbetriebes und der inneren Schulverhältnisse erlassen kann.

Die einschneidendsten Maßnahmen, die Eltern und Schüler treffen können, finden ihre gesetzliche Grundlage im Schulpflichtgesetz vom 15. 1. 1952 in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. 8. 1957 (GVBl. S. 197), und im Gesetz über Ahndung der Schulversäumnisse vom 3. 9. 1949 (BayBS II S. 578).

Das Schulpflichtgesetz regelt die Dauer der Schulpflicht (§§ 4 und 14), die Möglichkeit einer Zurückstellung (§ 5) oder einer ersatzweisen Hilfspflicht (§ 9), die Möglichkeit einer Verlängerung der normalen Schulpflichtzeit (§ 6 Abs. III und § 7), sowie die Möglichkeit, die Zuführung der Kinder zur Schule im Wege des Verwaltungszwanges anzuordnen (§ 16).

Das Gesetz über Ahndung der Schulversäumnisse regelt das Verwaltungs- und das eventuell sich anschließende ordentliche Strafverfahren für die Fälle, in denen Erziehungsberechtigte und Schulpflichtige wegen Schulversäumnissen zur Verantwortung gezogen werden. Fälle aus diesem Gesetz spielen freilich für den Verwaltungsrechtsschutz keine Rolle, da als Rechtsmittel gegen Entscheidungen im Verwaltungs- und

¹⁾ Schulgesetz für Groß-Berlin v. 26. 6. 1948, VOB. I, S. 358; Gesetz über das Schulwesen der Hansestadt Hamburg v. 25. 10. 1949, GVOB. S. 257; Gesetz über das Schulwesen der Freien Hansestadt Bremen v. 4. 4. 1949, GBl. S. 59

verfahren ausdrücklich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung eingeräumt ist, § 6 Abs. VI S. 1 SchVAG. Das hat zur Folge, daß der Strafrichter die letzte Instanz in Streitfällen nach diesem Gesetz ist. ¹⁾

III. Sonstige Rechtsquellen

In den Verfassungen und in den Gesetzen im formellen Sinn finden sich nur die allgemeinen und nur einige wenige in Einzelheiten gehende Regelungen auf dem Gebiete des Schulbenutzerrechtes.

Die Bestimmungen über Aufnahmeprüfungen zu höheren Schulen, über die Versetzung von einer Klasse in die nächsthöhere, über die Abhaltung von Reifeprüfungen, über die Bewertung von Schülerleistungen, über die Einteilung des Lehrstoffes, über die genaue Festlegung der Unterrichtsziele in jeder Klasse, über das Verhalten der Schüler in und außerhalb der Schule, über die Disziplinarmaßnahmen gegen ungehorsame Schüler und all die vielen Vorschriften zu den Alltagsdingen des schulischen Lebens werden meistens von den zuständigen Unterrichtsministerien erlassen. ²⁾ Diese Vorschriften werden unter den verschiedensten Bezeichnungen herausgebracht, als Schulordnungen bzw. als Ausführungsbestimmungen dazu, als Entschließungen, Erlasse, Bekanntmachungen, Rundverfügungen, Bestimmungen, Richtlinien usw.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren spielen sie in der Regel die wichtigste Rolle, ³⁾ weil die Kläger gewöhnlich behaupten werden, daß der angefochtene Verwaltungsakt im Widerspruch zu solchen Ministerialvorschriften stehe. Der Kläger sei nicht versetzt worden, weil die Schule die Versetzungsrichtlinien nicht richtig gehandhabt habe; die Reifeprüfung sei unter Verletzung einer ministeriellen Rundverfügung für nicht bestanden erklärt worden, in der Regel wird von den Verwaltungsgerichten die Rechtmäßigkeit der Schulmaßnahme an solchen Vorschriften gemessen. So hat das VG Kassel⁴⁾ einen Versetzungsbeschluß deshalb aufgehoben, weil der Lateinlehrer bei der Festsetzung der Lateinnote gegen allgemein gültige Bewertungsgrundsätze verstoßen habe; er habe nämlich schriftliche Arbeiten des Schülers berücksichtigt, obwohl sie nach dem "Extemporale-Erlaß"

1) An Entscheidungen zum SchVAG vgl. z. B. Bay ObLG, Urt. v. 19. 7. 1957, in BayObLG St. 1957/S. 138, sowie BayObLG, Urt. v. 19. 7. 1957, in Bay ObLG St. 1957/ S. 145

2) Vgl. den Überblick bei Reuter, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVbl. 1956, S. 227 - 230 und S. 262 - 264

3) Rehmer, in NJW 1956, S. 1852-1853; Heckel, Schulrechtskunde S. 275, bezeichnet die Schulordnungen als "die entscheidenden Quellen des inneren Schulrechts"; Reuter, aaO, nennt die Schulordnungen "das Grundgesetz der Schule".

4) Urteil vom 15. 3. 1956, in DÖV 1956, S. 636 ff.

des Preußischen Kultusministeriums vom 21. 10. 1911 (Zentralblatt für die gesamte Unterrichtsverwaltung, S. 623), erneuert durch den Erlaß des Hessischen Ministeriums für Erziehung und Unterricht vom 10. 1. 1956 (Amtsblatt S. 48), nicht hätten berücksichtigt werden dürfen.

Bei dieser praktischen Bedeutung, die die ministeriellen Schulvorschriften seit dem Aufkommen verwaltungsgerichtlicher Schulrechtsfälle erhalten haben, sind die Probleme um ihre Rechtsnatur und um die Art und Weise ihrer gerichtlichen Handhabung in den Vordergrund getreten. Hierauf soll deshalb im folgenden § 14 noch näher eingegangen werden.

§ 14) Rechtsnatur und gerichtliche Handhabung der allgemeinen Vorschriften der Schulverwaltungsbehörden.

I. Gegenüberstellung von Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung.

Allgemeine Vorschriften, d.h. Vorschriften, die nicht nur einen Einzelfall regeln, können von den staatlichen Verwaltungsbehörden als Rechtsverordnungen oder als Verwaltungsverordnungen erlassen werden.

1.) Rechtsverordnungen sind diejenigen Rechtsetzungsakte der Verwaltung, die generelle Regeln (Rechtssätze) allgemeinverbindlich in Geltung setzen.¹⁾ Sie wenden sich an die Allgemeinheit und gelten für jedermann. Damit haben sie Rechtssatzcharakter und sind Gesetze im materiellen Sinn. Rechtsverordnungen können selbständige gesetzliche Grundlage für den Erlass von Verwaltungsakten sein.

Da diese der Verwaltung eingeräumte Befugnisse, Gesetze im materiellen Sinn zu erlassen, den Grundsatz der Gewaltenteilung durchbricht, ist sie an ganz bestimmte Voraussetzungen gebunden. Jede von der Verwaltung erlassene Rechtsverordnung muß ihrerseits eine gesetzliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn finden, Art. 80 Abs. I S. 1 und Art. 129 GG. Wenn die Legislative in Teilbereichen schon auf ihr Rechtsetzungsrecht zugunsten der Exekutive verzichtet, dann müssen diese Teilbereiche wenigstens genau abgesteckt werden. Deshalb muß das ermächtigende Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Rechtsetzungsermächtigung bestimmen, Art. 80 Abs. I S. 2 GG. Rechtsverordnungen bedürfen wie Gesetze der Verkündung im Gesetzblatt; Rechtsverordnungen des Bundes werden im Bundesgesetzblatt verkündet, Art. 82 Abs. I GG²⁾, Rechtsvorschriften der bayerischen Staatsregierung und der bayerischen Staatsministerien im bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt.³⁾

2.) Verwaltungsverordnungen sind allgemeine Verwaltungsvorschriften, die nur verwaltungsinterne Verbindlichkeit besitzen und sich dadurch von den Rechtsverordnungen unterscheiden.⁴⁾

Das Recht, Verwaltungsverordnungen zu erlassen, ist in die allgemeine Ho-

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 119

2) bzw. in den amtlichen Blättern, die vom Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 30. 1. 1950, BGBl. I S. 23, bestimmt werden.

3) Verwaltungsanordnung über die amtliche Veröffentlichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Staatsregierung und der Staatsministerien vom 25. 6. 1957, GVBl. S. 129

4) Forsthoff, aaO, S. 125

heitsgewalt der Verwaltung eingeschlossen.¹⁾ Es bedarf dazu keiner besonderen Ermächtigung oder einer näheren Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß dieser Verwaltungsvorschriften. Der Exekutive obliegt ganz allgemein der Vollzug der Gesetze der Legislative. Die Bestimmung der Art und Weise, wie diese Gesetze auszuführen sind, gehört zur Organisationsgewalt der Verwaltung. Die Bayerische Verfassung räumt der Verwaltung sogar ausdrücklich die allgemeine Befugnis ein, die zum Vollzug der Gesetze und Beschlüsse des Landtags erforderlichen Ausführungs- und Verwaltungsverordnungen zu erlassen, Art. 55, S. 2 BV. Das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung wird in Art. 55 S. 2 BV demgegenüber nur für Rechtsverordnungen aufgestellt, die über den Rahmen einer Ausführungsverordnung hinausgehen. Auch die Form für den Erlass von Verwaltungsverordnungen ist weitgehend freigestellt. Die bayerische Verwaltungsanordnung über die amtliche Veröffentlichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Staatsregierung und der Staatsministerien vom 25. 6. 1957 (GVBl. S. 129), schreibt in § 6 lediglich vor, daß die Verwaltungsvorschriften mit passenden Ausdrücken zu bezeichnen seien, (wie "Verwaltungsanordnung", "Bekanntmachung", "Richtlinien", "Entschlüsse") und daß grundsätzliche Verwaltungsvorschriften im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht würden. Eine Verletzung dieser Formvorschriften berührt die Wirksamkeit der betreffenden Verwaltungsvorschrift jedoch nicht.

3.) Für den Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte im Schulverhältnis ist es von Bedeutung, ob die allgemeinen Vorschriften der Schulbehörden zur Regelung des Schulbetriebes als Verwaltungsverordnungen oder als Rechtsverordnungen anzusehen sind. Sind sie Rechtsverordnungen, dann können sie selbständige Grundlage der Verwaltungsakte im Schulverhältnis sein. Handelt es sich aber lediglich um Verwaltungsverordnungen, dann sind sie keine ausreichende Grundlage für Verwaltungsakte im Schulverhältnis²⁾, da diese sich auf ein Gesetz im materiellen Sinn stützen müssen.

II. Die Rechtsnatur der allgemeinen Vorschriften zur Regelung des Schulverhältnisses.

1.) In der älteren Literatur war es außer Streit, daß die Anstaltsverhältnisse

1) Forsthoff, aaO, S. 127

2) Darüber, daß Verwaltungsakte sich nicht auf bloße Verwaltungsverordnungen stützen könnten, insbesondere Bachof, Festschrift für Laforet, S. 295/296. Ebenso Krüger, Festschrift für Smend, S. 221, der ausführt, daß ein Verwaltungsakt niemals an Hand einer Verwaltungsverordnung auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft werden könnte. Vgl. auch Krüger, aaO, S. 224

durch die von der Anstaltsleitung aufgestellte Anstalts- oder Benutzungsordnung geregelt würden, die sich rechtlich lediglich als Verwaltungsverordnung darstellte.¹⁾

Für den Funktionsbereich der Anstaltsgewalt wurde eine gesetzliche Grundlage nicht für erforderlich angesehen. Es war die dritte Hauptthese der überkommenen Lehre von den Besonderen Gewaltverhältnissen, daß in einem Besonderen Gewaltverhältnis der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht gälte.²⁾ Die Anstaltsgewalt war die persönlichkeitsbezogene, unversachlichte Haus- und Herrengewalt, ihr Inhalt und Umfang ergab sich "aus der Natur der Sache".³⁾

2.) Auch in der Verwaltungsrechtsprechung nach 1945 sind die allgemeinen Vorschriften, mit denen die Schulverwaltungsbehörden den Schulbetrieb regeln, überwiegend als Verwaltungsverordnungen angesehen worden.⁴⁾

In der Schulrechtsentscheidung, die sich mit der Anfechtung eines schulischen Nichtversetzungsbeschlusses befaßt, führt das BVerwG⁵⁾ aus: "Die Versetzungsrichtlinien, deren Verletzung die Klägerin rügt, sind - wie die Beklagte zutreffend hervorhebt, - keine Rechtsnormen. Sie sind weder in der Form eines Gesetzes erlassen noch als Rechtsverordnung verkündet, sondern sie sind Verwaltungsrichtlinien."

LVG Hamburg⁶⁾: "Aus der Anstaltsgewalt der Beklagten ergibt sich, daß sie eine besondere Zulassungsordnung aufstellen kann, in der die Zulassungsbedingungen festgelegt werden."

LVG Düsseldorf⁷⁾: "Soweit die Schulverwaltung selbst Maßstäbe (scil. für die Bewertung der Schülerleistungen) aufgestellt hat, ist dies durch Verwaltungsanordnungen geschehen, die kein allgemein verbindliches Recht geschaffen haben."

1) Siehe dazu Krüger, Festschrift für Smend, S. 215, mit ausführlichen weiteren Nachweisen auf die ältere Lehre; ebenso Reuter, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl. 1956/227 - 230 und 262 - 264, mit weiteren Nachweisen. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 113, weist dabei ausdrücklich auf das schulische Anstaltsverhältnis hin; ebenso Forschnoff, aaO, S. 346/347 mit weiteren Nachweisen.

2) Krüger, Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in NJW 1953, S. 1369; siehe auch oben S. 50

3) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I S. 286 Anm. 4

4) Vgl. die Zusammenstellung bei Reuter, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl. S. 227 ff

5) Urt. v. 10.12.1954, - II C 194.53 -, in BVerwGE Bd. 1, S. 260 ff

6) Urteil vom 29.5.1952, in NJW 1952, S. 1351

7) Urteil vom 28.5.1954, in DÖV 1954, S. 696

Hessischer VGH¹⁾: "Die Aufnahme und die Entlassung eines Schülers gehören zu den sogenannten inneren Schulangelegenheiten, sie sind daher Sache der Staatsverwaltung."

VG Bremen²⁾: "Die Grundsätze über die Versetzung sind Richtlinien, die im Rahmen der hier interessierenden inneren Schulverwaltung maßgebend sind und die eine sachliche und gleichmäßige Behandlung aller Schüler in Bezug auf die Frage der Versetzung gewährleisten."

VGH Bebenhausen³⁾: "Auf Grund der Ordnungsgewalt in Schulangelegenheiten kann der Staat auch die Versetzung des Schülers von einer Klasse in die nächsthöhere Klasse im Rahmen des Schulzweckes regeln. Diese Regelung könnte durch Gesetz, sie kann aber auch auf Grund der inneren Ordnungsgewalt und auf Grund der Anstaltsgewalt durch Verwaltungsvorschriften der Schulverwaltung erfolgen ... Die Versetzungsordnung des Kultusministeriums vom 18.1.1955 erscheint als brauchbare Lösung zur Feststellung des für eine Versetzung erforderlichen Leistungsstandes."

OVG Hamburg⁴⁾: "Die Beklagte hat .. das Recht, ein geeignetes Ausleseverfahren durchzuführen, ... und eine entsprechende Zulassungsordnung aufzustellen ... Sie kann .. eine Zulassungsordnung als Verwaltungsverordnung erlassen, die nicht veröffentlicht zu werden braucht. (Ausführungsbestimmungen gemäß § 31 Abs. IV Hambg. Schulges. vom 25.10.1949)." Das OVG Hamburg leitet dieses Recht der Schulverwaltung aus dem Begriff der Schulaufsicht her.

OVG Münster⁵⁾: "Die Dienstanweisung von 1910/12 und die andern oben angeführten Ministerialerlasse stellen Verwaltungsvorschriften dar. Durch solche Vorschriften können besondere Gewaltverhältnisse, soweit dies nicht durch Gesetz oder Rechtsverordnung geschehen ist, verbindlich geordnet werden. Gerade das Schulrecht war in Preußen in erheblichem Umfange durch Erlasse des Kultusministers geregelt, und innerhalb des Schulrechtes gehörte das Schulstrafwesen zu den nicht durch Gesetz oder Rechtsverordnung geordneten Sachbereichen."

An anderer Stelle⁶⁾ bezeichnet das OVG Münster die "Bestimmungen über die Versetzung" in den verschiedenen Bundesländern durchweg als Verwaltungsvorschriften.

1) Urteil vom 17.12.1954, - OS II 71/54 -, in DÖV 1956, S.628-631

2) Urteil vom 2.12.1955, zit. bei Reuter, BayVBL. 1956, S.227

3) Urteil vom 16.12.1955, zit. bei Reuter, aaO

4) Urteil vom 12.3.1956, - OVG Bf. II 83/55 -, in NJW 1956, S.1173

5) Urteil vom 13.2.1957, - V A 229/56 -, in OVGE Münster und Lüneburg, Band 12, S.133 - 141, S.138

6) Beschluß vom 22.11.1957, - V B 1141/57 -, in DÖV 1958/ S.468

3.) Demgegenüber ist in der neueren Literatur vielfach die Meinung vertreten worden, daß es sich bei den allgemeinen Vorschriften zur Regelung von Anstaltsverhältnissen nicht lediglich um Verwaltungsverordnungen, sondern um verbindliche Gesetze im materiellen Sinn, d.h. um Rechtsverordnungen handeln soll.

a) Reuter gelangt bei seiner Untersuchung der Rechtsnatur von Schulordnungen¹⁾ zu dem Schluß, daß in diesen Schulordnungen echte Rechtsnormen enthalten seien, denn sie seien ja für alle Beteiligten verbindlich. Die Befugnis der staatlichen Schulverwaltung, für das Schulwesen Rechtsnormen zu schaffen, beruhe auf Gewohnheitsrecht. Ihrer Rechtsnatur nach seien die in den Schulordnungen enthaltenen Rechtsnormen als "den Rechtsverordnungen ähnliche Satzungen" anzusehen.

b) Rehmer²⁾ empfiehlt unter Berufung auf Krüger³⁾ und Forsthoff⁴⁾ eine Neufassung der Begriffe "Rechtssatz" und "Verwaltungssatz". Für die Beurteilung der Rechtsnatur von Vorschriften, die Anstaltsverhältnisse regeln, sollen nicht nur rein formale Kriterien - (Rechtssatz im Außenverhältnis - Verwaltungssatz im Innenverhältnis), sondern materielle Merkmale im Vordergrund stehen. So bestimmt Krüger⁵⁾: "Rechtssatz ist eine Norm, die dem Frieden zu dienen bestimmt und nach dem Maßstab der Gerechtigkeit gebildet ist, Verwaltungssatz ist eine Norm, die die Wohlfahrt fördern soll und nach dem Maßstab der Zweckmäßigkeit gestaltet wurde." Forsthoff⁶⁾, der eine Unterscheidung nach dem Vorschlage Krügers für schwer durchführbar hält, setzt gegenüber: "Jede Norm, die dem Rechtswert dient, ist ein Rechtssatz, diejenige Norm, die lediglich technische Zwecke der Verwaltung wahr (also dem Verwaltungswert dient), ist verwaltungsinstruktioneller Natur." In Zweifelsfällen müßten Normen so qualifiziert werden, daß ein Höchstmaß von Rechtsschutz erreicht werde. So stellt Forsthoff⁷⁾ als Auslegungsregel auf: "Eine Norm ist jedenfalls dann als Rechtssatz und Rechtsnorm anzusehen, wenn die Verneinung dieser Eigenschaft dem vom Vollzug der Norm Betroffenen den Rechtsschutz vorenthalten würde, der ihm nach Lage der Umstände nicht vorenthalten werden kann, ohne ihn einer von der Rechtsordnung nach ihrer auf Rechtsschutz hin tendierenden Gesamtstruktur mißbilligten Benachteiligung auszusetzen."

1) BayVBl. 1956, S. 262 ff

2) Die gerichtliche Nachprüfung der Handhabung schulischer Verwaltungsverordnungen, in NJW 1957, S. 575-576, sowie in NJW 1958, S. 232-233

3) Festschrift für Smend, S. 288 ff

4) Verwaltungsrecht, S. 126/127

5) aaO S. 230

6) aaO S. 126, mit Anm. 2 und 3

7) aaO S. 126/127

Für das Schulrecht zieht Rehmer aus diesen neuen Unterscheidungen die Folgerung, daß alle Normen, die man bisher als Verwaltungsverordnungen ansah, nunmehr als Rechtssätze angesehen werden müßten, soweit sie nicht lediglich verwaltungstechnischen Zwecken dienten. Dem Rechtswert dienen im Schulverhältnis die Schulordnungen, soweit sie das Verhältnis des Schülers zu seiner Anstalt regelten. Insoweit müßten die Schulordnungen nunmehr als echte Rechtssätze behandelt werden.

Zum Erlaß von Schulordnungen sind die Schulbehörden nach Rehmer aber weiterhin befugt, da sich ein Gewohnheitsrecht herausgebildet habe, das die Schule zum Erlaß von Schulordnungen berechtige, einerlei, ob diese Schulordnungen nun als Rechtssätze oder als Verwaltungssätze beurteilt würden.

c) Walter¹⁾ läßt es in seiner Untersuchung über die Rechtsnatur der ministeriellen Vorschriften auf den Schulgebiet dahingestellt, ob diese Vorschriften als Rechtsverordnungen oder als Verwaltungsverordnungen anzusehen sind. Im Ergebnis könnten sie jedenfalls auch als Rechtsverordnungen begründet werden. In diesem Falle könne eine Ermächtigungsgrundlage im Gewohnheitsrecht gesehen werden; die Schulen hätten seit jeher die notwendigen Anstaltsordnungen erlassen, wobei die langdauernde Tradition eine genügend bestimmbare Begrenzung der Ordnungsfunktion vorgenommen habe. Eine positivrechtliche Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß von Rechtsverordnungen auf dem Schulgebiet könne jedoch auch in Art. 55 Ziff. 2 BV in Verbindung mit den Art. 128 ff BV gefunden werden. Ein Bildungsträger - und das sei gemäß Art. 128 ff nun einmal der Staat - könne seine Aufgabe nur dann erfüllen, wenn er alle erforderlichen Maßnahmen für die Übermittlung der Bildung treffen dürfe.

d) Eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung zur Rechtsetzung innerhalb von besonderen Gewaltverhältnissen nimmt auch Bachof²⁾ an. Wenn es von jeher als zum Hausrecht der Verwaltung gehörig betrachtet worden sei, daß im besonderen Gewaltverhältnis Voraussetzungen und Bedingungen anstaltlich gewährter Nutzungen in Anstaltsordnungen geregelt werden könnten, dann müsse dies auch dann weiter gelten, wenn man diese Anstaltsordnungen nunmehr inhaltlich als echte Rechtssätze anzusehen habe.

4.) Gegen diese neuere Meinung, daß die allgemeinen Vorschriften der Unterrichtsverwaltung teilweise als echte Rechtssätze anzusehen seien, sprechen jedoch insbesondere zwei Gründe, und zwar ein formeller und ein materieller:

1) Gewohnheitsrechtliche Ermächtigung für allgemeine Anordnungen der Unterrichtsverwaltung, in BayVBl. 1958/ S. 260 - 263

2) VVDStL Heft 12, S. 60

a) Selbst wenn man die neuen Unterscheidungsmerkmale zwischen Rechts-satz und Verwaltungssatz übernehmen will, kann man die Verfassungsvor-schrift nicht umgehen, daß jeder Rechtssetzungsakt der Verwaltung einer be-sonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, Art. 80 Abs. I GG/ Art. 55 Ziff. 2 BV. Man kann, nur um diesem Erfordernis zu genügen, wohl nicht kon-struieren, daß die Verwaltung ihre Befugnis zur Setzung von Normen, die nunmehr als Rechtssätze angesehen werden sollen, aus einem Gewohnheits-recht herleiten könne. Mörtel¹⁾ wendet sich gegen die Annahme einer ge-wohnheitsrechtlichen Generalklausel etwa des Inhaltes: "Der Erlaß der im Schulbereich für alle verbindlichen Gebote und Verbote und die Regelung aller Rechtsverhältnisse in diesem Bereich ist Sache des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus, nicht der in der Verfassung vorgesehenen Gesetz-gebungsorgane". Das Gewohnheitsrecht ist in Inhalt und Umfang allzu we-nig greifbar, als daß man mit Sicherheit feststellen könnte, was Inhalt, Zweck und Ausmaß der Rechtsverordnungen sein sollten, zu deren Erlaß es ermächtigt.²⁾ Außerdem dürfte es schwer sein, überhaupt die Entstehung eines derartigen Gewohnheitsrechtes nachzuweisen; denn wenn in der Ver-gangenheit stets nur die Absicht vorlag, Anstaltsordnungen als Verwal-tungsverordnungen zu erlassen, fehlte es an der Rechtsüberzeugung, daß die Schulbehörde auch zu echten Rechtssetzungsakten befugt sei.³⁾

Das bayerische EUG bestimmt nunmehr zwar ausdrücklich: Art. 5 Abs. II: "Das zuständige Staatsministerium erläßt für die einzelnen Gattungen staatlicher Schulen Anstaltsordnungen zur Regelung des Schulbetriebes und der inneren Schulverhältnisse (Schulordnungen)."

Aber auch aus dieser Ermächtigung wird man wohl nicht herleiten können, daß es sich um eine Ermächtigung zu echter Rechtssetzung handelt. Dazu dürften Formulierungen wie "zur Regelung des Schulbetriebes" und "innere Schulverhältnisse" Inhalt, Zweck und Ausmaß der Normen zu wenig genau festlegen. Auch vor dem in Art. 5 EUG enthaltenen Katalog der Gegenstän-de, die in den Schulordnungen geregelt werden sollen, steht das Wörtchen

1) Gewohnheitsrechtliche Ermächtigung für allgemeine Anordnungen der Unterrichtsverwaltung? in BayVBL. 1958 / S. 263 - 267

2) "Eine gewisse Verschwommenheit und Unfaßbarkeit ist mit dem Ge-wohnheitsrecht immer verbunden." (Satz Bruno Schmidts, zitiert bei Meinzolt, "Das Gewohnheitsrecht als Quelle des Staats- und Verwal-tungsrechts", in BayVBL. 1928, S. 225 ff, S. 229)

Vgl. auch Art. 62 Abs. III des bayer. LSTVG vom 17. 11. 1956: "Verord-nungen und Anordnungen für den Einzelfall dürfen nicht auf Grund von Gewohnheitsrecht erlassen werden."

3) Mörtel, aaO

"insbesondere"; daraus läßt sich schließen, daß in diesem Katalog nur Beispiele aufgeführt werden, die für innere Schulverhältnisse typisch sind. Eine genaue Begrenzung der Befugnisse erfolgt also auch durch diese beispielhafte Aufzählung nicht. Das EUG vermeidet auch ganz bewußt die Bezeichnung Rechtsverordnung und spricht nur von einer Ermächtigung zum Erlaß von "Anstaltsordnungen".

b) Materiell spricht gegen die Annahme, daß die "Anstaltsordnungen" echte Rechtssätze seien, die Besonderheit der Anstaltsverhältnisse. Diese Besonderheit liegt darin, daß der Anstaltsbenutzer weit mehr und weit intensivere Anordnungen von Seiten der Staatsgewalt entgegenzunehmen hat als der Staatsbürger, der keiner Anstalt angehört. Die Verschiedenheit in der Intensität des Unterworfenenseins unter die Staatsgewalt ist es in erster Linie, die auch heute noch eine Unterscheidung des Begriffspaares "Allgemeines Gewaltverhältnis - Besonderes Gewaltverhältnis" rechtfertigt. 1) Im Allgemeinen Gewaltverhältnis geht es im wesentlichen um die Abgrenzung der Individualsphäre von der Staatsgewalt. Diese Grenzziehung muß, soweit wie möglich, in der sicheren Form der Rechtssetzung erfolgen, damit die Eingriffsmöglichkeiten der Staatsgewalt in den Rechtskreis des Staatsbürgers voraussehbar und berechenbar sind. Diese Eingriffsmöglichkeiten können in der Regel tatbestandlich ziemlich genau festgelegt werden, da sie sich in einer freiheitlichen Rechtsordnung ohnehin auf ein Mindestmaß zu beschränken haben.

Im Besonderen Gewaltverhältnis dagegen ergehen täglich eine Vielzahl von Einzelanordnungen gegenüber den Gewaltunterworfenen. Der laufende Schulbetrieb verlangt mit den ständig wechselnden Situationen unaufhörlich Einzelentscheidungen, die der reibungslosen und wirksamen Fortführung des Schulbetriebes dienen. Kaum ein Lebensbereich ist einer kasuistischen Regelung so wenig zugänglich und ist auf eine elastische Handhabung der Staatsgewalt so sehr angewiesen, wie das Gebiet der Schulerziehung. Besondere Gewaltverhältnisse wie das Schulverhältnis wären unmöglich, wenn den Inhabern der Gewalt die Freiheit zur Entscheidung des Einzelfalls zugunsten einer rechtssatzmäßigen Regelung genommen würde, die nur mehr ganz bestimmte, voraussehbare und vorausbestimmbare Anordnungen zuließe. 2)

Das bedeutet nicht, daß in Besonderen Gewaltverhältnissen der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht gilt. 3) Dieser Grundsatz gehört zu

1) nachdem durch dieses Begriffspaar für den Begriff des Verwaltungsaktes und für die Erklärung von Rechtsbeschränkungsmöglichkeiten heute nichts mehr ausgesagt wird, siehe oben §§ 6 und 12

2) Thieme, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 524

3) Thieme, aaO S. 523

den tragenden und unabänderlichen Verfassungsbestimmungen, Art. 20 Abs. III/ Art. 79 Abs. III GG. Der Unterschied zwischen der gesetzlichen Regelung des Allgemeinen und des Besonderen Gewaltverhältnisses liegt lediglich im Grad der Genauigkeit, mit der die Einzeltatbestände geregelt werden. Die Verwaltung handelt auch dann gesetzmäßig, wenn sie innerhalb eines vom Gesetz eingeräumten Ermessensspielraumes tätig wird, solange sie von ihrem Ermessen keinen fehlerhaften Gebrauch macht, § 114 VwGO: Gerade weil eine kasuistische Regelung des gesamten öffentlichen Lebens nicht möglich ist, ist die Einräumung von Ermessensspielräumen für die Verwaltung durch die Gesetzgebung verfassungsmäßig zulässig.¹⁾ Diese Ermessensspielräume müssen zwangsläufig in dem Maße größer werden, wie ein Lebensbereich sich der kasuistischen Regelung verschließt. Die weitesten Ermessensspielräume muß die Verwaltung demgemäß in den Besonderen Gewaltverhältnissen eingeräumt erhalten, wo eine zu weitgehende Verrechtlichung zur Erstarrung des inneren Betriebes führen könnte.²⁾

Damit wird das Problem der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Besonderen Gewaltverhältnissen zurückgeführt auf die allgemeine Erscheinung der Betätigung öffentlicher Verwaltung in gesetzlich gewährten Ermessensspielräumen. Fundament und Grenzmauern jedes Besonderen Gewaltverhältnisses werden vom Gesetzgeber gesetzt.³⁾ Die Ausfüllung des freien Raumes aber, d. h. die Erteilung der ungezählten Einzelanweisungen, die zur Erreichung des besonderen Zweckes erforderlich sind,

ist dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überlassen, welche der Anstalt oder dem betreffenden Verwaltungszweig vorsteht.⁴⁾

Für das Schulverhältnis finden sich Fundament und Grenzmauern in den Verfassungsbestimmungen - (Art. 6, II, 2/ Art. 7 GG, Art. 128 ff BV) - und in den formellen Schulgesetzen. Die Schulaufsicht als "der Inbegriff der staatlichen Herrschaftsrechte über die Schule, nämlich die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens"⁵⁾ ist in Art. 7 Abs. I GG und Art. 130 Abs. I BV dem Staat übertragen worden. Daraus kann der Gesetzgeber die Befugnis ableiten, innerhalb des von der Verfassung gezogenen Rahmens gesetzgeberisch

1) Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 755

2) In diesem Sinne z. B. Merk, VVDStL Heft 15, S. 194; Pfeifer, VVDStL Heft 15 / S. 212/213 weist ebenfalls darauf hin, daß Verrechtlichung der Besonderen Gewaltverhältnisse und gleichzeitige Gewährung genügend großer Ermessensspielräume keine Gegensätze seien.

3) Fleiner, Institutionen, S. 166/167

4) Fleiner aaO

5) BVerwG, Beschluß vom 28. 12. 1957, - VII B 9. 57 -, BVerwGE 6/101

tätig zu werden. Soweit der Gesetzgeber dies nicht tut, muß der vollziehenden Gewalt, die ja gleichfalls Berechtigte der Schulaufsicht ist, die Befugnis zuerkannt werden, innerhalb des von der Verfassung gezogenen Rahmens unmittelbar mit Einzelanordnungen, also mit Verwaltungsakten tätig zu werden. Welche Verwaltungsakte der Staat zur Durchführung der Schulerziehung erlassen will, bleibt seinem pflichtgemäß zu handhabendem Ermessen überlassen. Damit eine einigermaßen gleichmäßige Betätigung des Ermessens innerhalb des so umfassenden Ermessensspielraumes auf dem Schulgebiet gewährleistet ist, kann die leitende Schulverwaltungsbehörde Verwaltungsverordnungen erlassen, die den unteren Schulbehörden vorschreiben, wie das Ermessen in bestimmten Gruppen von Fällen betätigt werden soll.¹⁾ Die Rechtsordnung gewährt einen umfassenden Ermessensspielraum, den die Schulverwaltung durch Verwaltungsverordnungen erläutert.²⁾ Diese Verwaltungsverordnungen können das staatliche Handeln auf dem Schulgebiet demnach nur in etwa berechenbar machen. Denn wo eine Schulordnung "nicht paßt", muß an die Stelle der von der Schulordnung vorgeschlagenen Entscheidung "die vernünftige Regelung dieses Einzelfalles treten"³⁾. Gerade die Unverbindlichkeit für den Einzelfall qualifiziert die Schulordnungen als "Nicht-Rechtssätze." Deutlicher ließe sich das nicht zum Ausdruck bringen als durch § 48 der Schulordnung für die Höheren Schulen in Bayern vom 17. 5. 1958:⁴⁾

"Das Staatsministerium für Unterricht und Kultus befindet auch darüber, ob und inwieweit in einzelnen Fällen aus besonderen Gründen Abweichungen von den Vorschriften der Schulordnung zulässig sein sollen "

Eine Norm, die auf diese Weise in ihrer Anwendung praktisch ohne Begrenzung zur freien Disposition einer Verwaltungsbehörde steht, kann nicht als Rechtssatz qualifiziert werden. Gerade die Berechenbarkeit für den Einzelfall und die genaue Bestimmung der Ausnahmen zeichnen den Rechtssatz aus. Eine Schulordnung aber, die zwar vorschreibt, wie die Entscheidungen im Schulverhältnis im allgemeinen zu treffen sind, die aber gleichzeitig für jeden einzelnen Fall genausogut die Möglichkeit einer andern Entscheidung offenläßt, ist rechtlich lediglich als Verwaltungsverordnung

1) So das VG Bremen im oben zitierten Urteil vom 2. 12. 1955, zitiert bei Reuter, BayVBl. 1956, S. 227

2) So das BVerwG in einem Schulrechts-Urteil vom 24. 4. 1959, - VII C 146/57 -, in NJW 1959, S. 1843 - 1844

3) Reuter, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl. 1956, S. 227 ff

4) GVBl. S. 105, Bay BSVK S. 2351

5.) Die überkommene Lehre, daß der innere Betrieb Besonderer Gewaltverhältnisse durch Verwaltungsverordnungen geregelt wird, braucht auch für den gegenwärtigen Verfassungszustand keine Veränderung zu erfahren. 2) Nur das Bestehen eines umfassenden Ermessensspielraumes ermöglicht wirksame Schulerziehung. Verwaltungsverordnungen können diesen Ermessensspielraum erläutern, bewirken aber keine starre Bindung der Schulverwaltung. De lege ferenda wird man eine rechtsatzmäßige Regelung des Schulverhältnisses allenfalls dort befürworten können, wo es um die Ausgestaltung des schulischen "Grundverhältnisses" geht. Die Vorschriften über den Eintritt eines Schülers in eine bestimmte Schule und über die Möglichkeiten, ihn von der Schule zu verweisen, können verbindlich aufgestellt werden, ohne daß der Schulbetrieb darunter leiden müßte. 3) Soweit der Gesetzgeber sich dieser Fragen aber nicht angenommen hat, und sei es auch nur durch die Erteilung einer Ermächtigung an die Schulverwaltung zum Erlaß von Rechtsverordnungen, ist die Schulverwaltung auch in Bezug auf diese Fragen von näherer gesetzlicher Bindung freigestellt. Einzige gesetzliche Grundlage für schulische Verwaltungsakte bleiben dann die Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen, die den Aufgabenkreis staatlicher Schulerziehung abstecken und dem Staat, und damit auch der vollziehenden Gewalt, die Schulaufsicht übertragen. Die staatliche Verwaltung kann im Rahmen der Schulaufsicht auch Verwaltungsverordnungen aufstellen, die

- 1) Der Umstand, daß die Schulordnung im Gesetz- und Verordnungsblatt verkündet wurde, erhebt sie nicht zur Rechtsverordnung. Gemäß § 1 der bayer. Verwaltungsanordnung über amtliche Veröffentlichungen vom 25. 6. 1957 werden auch grundsätzliche Verwaltungsvorschriften im GVBl. veröffentlicht. Reuter, in DVBl 1957, S. 671, führt allerdings aus, daß man bei Erlaß der Schulordnung davon ausgegangen sei, daß damit auch echte Rechtsnormen geschaffen würden.
- 2) Die Vorschriften in Besonderen Gewaltverhältnissen werden als Verwaltungsvorschriften qualifiziert z. B. von Nawiasky-Leusser, Bayerische Verfassung, zu Art. 55 BV; ebenso von Merk, in VVDStL Heft 15, S. 193; die Schulordnungen als Verwaltungsverordnungen bei Heckel, Schulrechtskunde, S. 276
- 3) Eine rechtsatzmäßige Regelung der Fragen des "Grundverhältnisses" wird z. B. gefordert von Heckel, Schulrechtskunde S. 277, und Krüger, Festschrift für Smend, S. 228 ff, S. 230. Mörtel, BayVBl. 1958, S. 263-267, zieht aus der Feststellung, daß das Schulverhältnis in der Hauptsache durch Verwaltungsverordnungen geregelt sei, ganz allgemein den Schluß, daß diese Regelung nicht rechtswirksam sei. Diese Feststellung wird dem Vorhandensein eines umfassenden schulischen Ermessensspielraumes aber wohl nicht gerecht.

aufstellen, die eine gleichmäßige Handhabung des Ermessens gewährleisten.^{1) 2)}

III. Verwaltungsgerichtliche Handhabung der allgemeinen Vorschriften der Unterrichtsverwaltung.

1.) Die Kritik an der Lehre, daß die allgemeinen Vorschriften in **Besonderen** Gewaltverhältnissen lediglich Verwaltungsverordnungen seien, setzte vor allen Dingen im Zusammenhang mit der Ausbreitung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ein. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren werden Verwaltungsakte daraufhin überprüft, ob sie eine gesetzliche Grundlage haben und ob sie mit dieser auch materiell in Einklang stehen. Ein Verwaltungsakt kann nicht in einer Verwaltungsverordnung seine einzige Grundlage finden und an Hand dieser auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft werden.³⁾ Mit dem Vordringen der Meinung, daß auch die Einzelanordnungen in Besonderen Gewaltverhältnissen als Verwaltungsakte anzusehen seien, ergab sich die Frage, ob dann nicht in gleicher Weise die den Einzelanordnungen zugrunde liegenden allgemeinen Vorschriften als Rechtssätze aufgefaßt werden müßten.⁴⁾

Rehmer⁵⁾ gelangt deshalb auch zu dem Schluß, daß mit der Anerkennung, daß die Schulordnungen nur Verwaltungsverordnungen darstellten, die Freistellung von gerichtlicher Nachprüfung verbunden sei, da eine solche sich stets nur auf Rechtssätze beziehen könne.

2.) Demgegenüber hat die verwaltungsgerichtliche Praxis der letzten Jahre einen Ausweg gefunden, der - zumindest eine mittelbare - Überprüfung der schulinternen Vorschriften selbst dann erlaubt, wenn man sie weiterhin als Verwaltungsverordnungen behandelt:

a) Die Verwaltungsverordnungen zur Regelung des Schulverhältnisses sind

1) Heckel, Schulrechtskunde, S. 277

2) Merk, VVDStL, Heft 15, S. 194. weist übrigens darauf hin, daß der Gesetzgeber ohnehin laufend auch den inneren Betrieb der Besonderen Gewaltverhältnisse kontrolliere, und zwar am Umweg über den Haushaltsplan. Im sozialen Rechtsstaat könne die Volksvertretung bei Bewilligung und Überwachung des Haushaltsplanes jederzeit Stellung nehmen und, wenn sie es für notwendig halte, auch eine gesetzliche Regelung in die Wege leiten. Ähnlich Walter, in BayVBl. 1958 / 260 - 263

3) Krüger, Festschrift für Smend, S. 221

4) Vgl. dazu insbesondere Bachof, in Festschrift für Laforet, S. 295/296, S. 300; ähnlich auch Krüger, aaO S. 224

5) Verwaltungsgerichtliche Probleme des Schülerrechts, in DÖV 1958, S. 437 - 445, S. 438

nicht selbständige Grundlagen der schulischen Verwaltungsakte. Diese können lediglich in den allgemeinen Verfassungsbestimmungen und in den einzelnen Schulgesetzen gefunden werden. Die Verwaltungsverordnungen sind jedoch deshalb erlassen, um eine möglichst gleichmäßige Handhabung des so umfassend gewährleisteten Ermessens in ähnlich gelagerten Fällen zu gewährleisten. 1) Werden solche Verwaltungsverordnungen von den einzelnen Schulen regelmäßig befolgt, dann verstößt es gegen das Grundrecht der Gleichheit, wenn die Schule in einem völlig gleichgelagerten Fall willkürlich von dem bisher beobachteten Verfahren abweicht. Deshalb kann ein schulischer Verwaltungsakt schon deshalb rechtswidrig sein, weil er unter willkürlicher Außerachtlassung einer bisher stets befolgten Verwaltungsverordnung erging und somit den betroffenen Schüler in seinem Recht auf Gleichbehandlung verletzt hat. 2)

So überprüft das VG Kassel³⁾ unter Berufung auf den Gleichheitssatz z. B. einen "Erlaß über Notenstufen" und einen "Extemporale-Erlaß".

Das OVG Berlin⁴⁾ stellt fest, daß die Verwaltungsverordnungen die Gerichte zwar nicht unmittelbar wie Rechtsnormen binden, daß diese Bindung jedoch mittelbar insofern bestehe, "als die Gerichte die durch die Verwaltungsvorschriften bewirkte Selbstbindung der Verwaltungsbehörden nach Maßgabe des Gleichheitsgrundsatzes zu beachten haben." Das OVG überprüft auf die genannte Weise eine Reifeprüfungsentscheidung an Hand einer Reihe von ministeriellen Rundverfügungen, die ausdrücklich als "Verwaltungsvorschriften" qualifiziert werden.

Das BVerwG⁵⁾ stimmt diesem Verfahren als Revisionsgericht in dieser Sache grundsätzlich zu: "Gegen Art. 3 GG verstößt es, wenn eine Behörde, nachdem sie eindeutig Verfahrensvorschriften regelmäßig befolgt hat, davon in einem Einzelfalle abweicht. Eine solche Abweichung wäre wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG rechtswidrig und vom Gericht zu prüfen." Das BVerwG schränkt allerdings insoweit ein, als es in jedem Fall einer solchen Nachprüfung nicht das bloße Bestehen einer VVO genügen läßt, sondern auch eine eindeutige Feststellung über die bisherige Handhabung der in Rede stehenden Verwaltungsverordnung verlangt.

Das OVG Münster⁶⁾ läßt ebenfalls eine Überprüfung von Verwaltungsverord-

1) Siehe oben S. 138

2) Das LVG Minden, Beschl. v. 30. 7. 1957, - I K 128/51 -, in JZ 1952, S. 491 führt aus, daß die Schulbenutzer ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung mit andern in gleicher Lage befindlichen Interessenten haben. Siehe dazu auch oben S. 109 f

3) Urt. v. 15. 3. 1956, - II 9. 56 -, in DÖV 1956, S. 637

4) Urt. v. 18. 4. 1956, - OVG I B 9. 56 -, in OVGE Berlin 4 / 83 - 89

5) Urt. v. 24. 4. 1959, - VII C 146. 57 -, in NJW 1959, S. 1843 - 1844

6) Urt. v. 4. 5. 1957, - V A 1571/55 -, in OVGE Münster und Lüneburg, Bd. 12 S. 241 - 250, S. 249

nungen am Umweg über den Gleichheitssatz zu, warnt aber vor einer allzu engen Auslegung des Art. 3 GG: "Eine Überforderung in den Bindungen gleichmäßiger Handhabung würde das Leben der Schulverwaltung zum Erstarren bringen. Das Gericht kann daher nicht in eine detaillierte Einzelprüfung der Anwendung des genannten Erlasses durch die Schulverwaltung eintreten, weil es sich damit auf ein Gebiet verwaltungsmäßiger und schulpolitischer Art begeben würde, das . . der Schulverwaltung zur freien Gestaltung offenbleiben muß."

In der neueren Literatur schließt sich Thieme¹⁾ dieser von der Verwaltungsrechtsprechung entwickelten Lösung des Problems der Handhabung schulinterner Verwaltungsverordnungen an. Bei veröffentlichten und in einer Vielzahl von Fällen praktizierten Anstaltsordnungen dürfe man von einer gewollten Selbstbindung der Verwaltung sprechen, die dem Betroffenen bei Nichtanwendung unter Umständen ein klagbares Recht gebe.

b) Da die schulischen Verwaltungsverordnungen nicht selbständige rechtliche Grundlage der Verwaltungsakte im Schulverhältnis sind, ist ein Verwaltungsakt nicht schon allein deshalb rechtswidrig, wenn er im Einzelfall von einer Verwaltungsverordnung abweicht, und er ist nicht schon dann rechtmäßig, wenn er mit einer Verwaltungsverordnung in Einklang steht.

aa) Vor der Nachprüfung, ob im Einzelfalle die Abweichung von einer bisher stets beobachteten Verwaltungsverordnung das Grundrecht auf Gleichbehandlung verletzt, muß festgestellt werden, ob die betreffende Verwaltungsverordnung selbst "gültig" ist.²⁾ Die Verwaltungsverordnung erläutert lediglich einen von Verfassung und Gesetzen gewährten Ermessensspielraum. Es ist möglich, daß sie diesen Spielraum nicht richtig erläutert und eine allgemeine Handhabung des Ermessens vorschreibt, die mit der gesetzlichen Ermessensgewährung nicht mehr vereinbar ist. Eine Schulordnung, die nur näher ausführen darf, was unter verfassungs- und gesetzesgemäßer Schulerziehung in Einzelfällen zu verstehen ist, darf nichts enthalten, was mit der Anstalt nicht in unmittelbarem Zusammenhang steht und nicht aus ihrem Wesen und ihrer Zweckbestimmung gerechtfertigt ist.³⁾ Anstaltsfremden Zwecken darf nicht gedient werden.⁴⁾ Wenn eine Schulordnung Gebote und Verbote enthält, die den Schüler weit im außerschul-

1) Das Besondere Gewaltverhältnis, aaO S. 527

2) Urt. des OVG Berlin v. 18. 4. 1956, - OVG I B 9. 56 -, OVG 4/83-89

3) Reuter, Rechtsfragen um die Schulordnungen, in BayVBl. 1956, S. 227 ff

4) Als nicht zulässig bezeichnet Reuter, aaO, etwa eine Bestimmung, die eine Bestrafung der Schüler für Versäumnisse der Eltern (verspätete Entschuldigung) vorsieht.

lischen Bereich berühren, dann ist ein vollziehender Verwaltungsakt selbst dann rechtswidrig, wenn er mit der Schulordnung in Einklang steht. Daran kann die Feststellung der bisherigen gleichmäßigen Handhabung dieser Schulordnung nichts ändern. Denn die unmittelbare gesetzliche Grundlage schulischer Verwaltungsakte sind lediglich Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen. Deshalb müssen die Gerichte in jedem Einzelfall die Vereinbarkeit der einschlägigen Verwaltungsverordnungen mit den unmittelbaren gesetzlichen Grundlagen überprüfen.¹⁾ Es muß, - mit den Worten des VGH Bebenhausen,²⁾ festgestellt werden, ob die betreffende Verwaltungsverordnung eine "brauchbare Lösung" der Handhabung schulischen Ermessens darstellt.

bb) Nicht jede Abweichung von einer in vielen Fällen gleichmäßig angewandten Verwaltungsverordnung verletzt den Gleichheitssatz. Wenn die Verwaltungsordnung selbst gegen Verfassung oder Gesetz verstößt, dann kann eine Abweichung von ihr gerade dem Willen der Verfassung oder des Gesetzes gerecht werden. Wenn die Verwaltungsverordnung aber "gültig" ist, dann kann der Einzelfall immer noch so liegen, daß eine Abweichung vom bisher beobachteten Verfahren sachdienlicher ist als die Beobachtung der bisher befolgten Vorschrift. Es ist also stets auf das Vorbringen der beklagten Schule einzugehen, daß gerade der zur Entscheidung stehende Fall anders ist als die Fälle, an die bei Erlass der betreffenden Schulordnung gedacht worden war. Denn nach dem Gleichheitssatz ist nur wirklich Gleiches gleich zu behandeln.

3.) Die Annahme, daß es sich bei den generellen Vorschriften der Unterrichtsverwaltung lediglich um Verwaltungsverordnungen handelt,³⁾ führt nicht zu einer Freistellung von gerichtlicher Nachprüfung. Vom Rechtsschutz her gesehen erscheint demnach eine weitgehende Verrechtlichung des Schulverhältnisses nicht unbedingt angezeigt. Es liegt vielmehr im Interesse einer verfassungsgemäßen, wirksamen Schulerziehung, daß ihr innerhalb eines fest umgrenzten Raumes möglichst viel Freiheit zu elastischer Regelung der Tagesfragen des Schulbetriebes bleibt.

1) So das OVG Berlin im zitierten Urteil OVG 4/83 - 89; ebenso das OVG Rheinland-Pfalz in einer Reifeprüfungsentscheidung, Urt. v. 16. 5. 1956, - 2 C 62/55 -, in DÖV 1956, S. 631 ff

2) Urt. v. 16. 12. 1955, zit. bei Reuter, BayVBl. 1956, 227 ff

3) mit der Folge daß dagegen auch kein Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO/Art. 10 des bayer. AGVwGO zulässig ist, da Verwaltungsverordnungen keine Rechtsvorschriften sind.

Vgl. dazu auch Heckel, Schulrechtskunde, S. 338

Die Intensität verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung in Schulsachen

Wenn festgestellt ist, daß eine Anfechtungsklage aus dem Schulverhältnis zulässig ist, - (weil z. B. der angefochtene Nichtversetzungsbeschluß als Verwaltungsakt angesehen werden muß und weil, da der Nichtversetzungsbeschluß ein das "Grundverhältnis" betreffender Verwaltungsakt ist, dem Kläger auf jeden Fall auch ein Rechtsschutzinteresse zur Seite steht) - und daß eine Verletzung von Rechten der Schüler und Eltern in Frage kommt, dann erhebt sich das für den Rechtssuchenden vordringlichste Problem, wie weit die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung in der Sache selbst gehen darf. Dem Kläger wird es in der Regel darauf ankommen, daß die schulischen Leistungsbeurteilungen dem Verwaltungsgericht zur Überprüfung vorgelegt werden. Für ihn ist es wichtig, daß beispielsweise seine Leistungen in Latein nicht mit der Note mangelhaft, sondern mit der Note befriedigend bewertet werden, weil er dann in die nächsthöhere Klasse versetzt werden kann. Andererseits haben die Schulen das höchste Interesse daran, daß ihnen nicht in den Verwaltungsgerichten eine "übergeordnete pädagogische Oberbehörde"¹⁾ erwächst, die den Anspruch erhebt, jede angegriffene Zeugnisnote durch eine im Wege eigener Ermittlungen festgestellte andere Note zu ersetzen.

Es geht somit darum, die Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten in der Sache selbst so zu ziehen, daß einerseits keine Rechtsschutzverkürzung eintritt, daß aber andererseits die Schule von allzu störenden gerichtlichen Eingriffen freigestellt bleibt. Davon ausgehend, daß schulische Verwaltungsakte Rechte von Schülern und Eltern verletzen können, stellt sich nur noch die Frage, mit welcher Intensität das Verwaltungsgericht ermitteln kann, ob eine Rechtsverletzung vorliegt. Wo hören die verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsmöglichkeiten auf, bzw. wie weit sind die Verwaltungsgerichte an die Feststellungen der Schulbehörde gebunden?

Zunächst soll dabei ein Überblick über den Stand der Meinungen gegeben werden, die sich mit dem Problem der Nachprüfbarkeit schulischer Entscheidungen auseinandersetzen. Dabei wird insbesondere auf die Lehre vom "Beurteilungsspielraum" einzugehen sein (§ 15).

Anschließend ist als Ergebnis festzuhalten, daß für die Schulen in fachlichen Fragen ein weiter Spielraum eingeräumt ist, der einer gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich ist. (§ 16)

1) Heckel, Schulrechtskunde, S. 339

§ 15) Stand der Meinungen

I. Hauptproblem: Die Leistungsbewertungen

Die Verwaltungsakte der Schulgewalt lassen sich auf zwei verschiedene Entscheidungsprozesse zurückführen, nämlich in einer Gruppe von Fällen auf ein wählendes Verhalten, in einer andern Gruppe von Fällen auf ein wertendes Verhalten. Die Schule wählt z. B. zwischen mehreren Möglichkeiten, wenn sie Prüfungs- oder Hausaufgaben stellt; wenn sie entscheidet, ob sie einen ungehorsamen Schüler durch Arrest oder Verweis bestrafen soll; wenn sie entscheidet, ob sie dem Schüler A oder dem Schüler B ein bestimmtes Gebot erteilen soll. Die Schule wertet dagegen, wenn sie darüber befindet, ob ein Schüler für die Aufnahme in eine höhere Schule geeignet ist; ob ein Schüler das Klassenziel erreicht hat bzw. ob er mangelhafte oder befriedigende Latein-Kenntnisse besitzt.

Die erste Gruppe von Fällen macht in der verwaltungsgerichtlichen Behandlung keine Schwierigkeiten. Der Spielraum des Entschlusses, A zu tun, B zu tun oder auch nichts zu tun, ist charakteristisch für den verwaltungsrechtlichen Begriff des Ermessens.¹⁾ Der Schulgewalt sind hier von Verfassungen und Gesetzen sehr weite Grenzen gezogen. Es gibt eine Fülle von Möglichkeiten, wie verfassungsgemäß unterrichtet und erzogen werden kann. Mangels näherer gesetzlicher Bestimmung ist es dem pflichtgemäßen Ermessen der Schule überlassen, welche Maßnahmen der Unterrichtung und der Erziehung sie im Einzelfall ergreifen will. Eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung ist nur im Rahmen des § 114 VwGO möglich: Das Verwaltungsgericht prüft nach, ob der Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder weil von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Vom Zweck der Ermächtigung ist insbesondere dann nicht der gesetzesgemäße Gebrauch gemacht, wenn die Ermessensbetätigung im Irrtum über die erlaubten Motive erfolgt, bzw. wenn sie die erlaubten Motive absichtlich außeracht läßt.²⁾ Ein Ermessensfehler liegt ferner dann vor, wenn bei der Würdigung der zu berücksichtigenden Tatsachen Mängel festgestellt werden.³⁾ Die Motive, aus denen heraus eine Erziehungsmaßnahme getroffen wird, müssen sachlich sein, d. h. sie müssen im Zusammenhang mit dem verfassungsgemäßen Erziehungszweck stehen. Die Anordnung eines Arrestes ist ermessensfehlerhaft, wenn sie nur erfolgt, um den Schüler zu schikamieren. Alle

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 73

2) Forsthoff, aaO S. 85

3) Forsthoff, aaO S. 85

Schulstrafen müssen in einem richtigen Verhältnis zum veranlassenden Tatbestand stehen.¹⁾ Die Verweisung von der Schule ist als Strafe ermessensfehlerhaft verhängt, wenn für das verhältnismäßig geringe Vergehen eine leichtere Strafe ausreichend gewesen wäre.²⁾ Alle Entscheidungen der Schule, die auf Grund eines auswählenden Verhaltens erfolgen, sind demnach als Ermessensentscheidungen nach den allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Grundsätzen zu behandeln, ohne daß sich aus schulischen Tatbeständen Besonderheiten ergeben.³⁾

Die eigentliche Problematik der gerichtlichen Überprüfung schulischer Verwaltungsakte liegt dort, wo die Schule auf Grund eines wertenden Verhaltens tätig geworden ist. Die Schwierigkeit liegt darin, daß die umstrittenen Verwaltungsakte mit technischen Werturteilen verbunden sind, die ihrerseits nicht an einen rechtlichen, sondern an einen außerrechtlichen Maßstab gebunden sind.⁴⁾

Im folgenden soll deshalb allein von der verwaltungsgerichtlichen Überprüfbarkeit schulischer Leistungsbewertungen die Rede sein. Diese können zwar niemals selbständig angegriffen werden⁵⁾; denn die Anfechtungsklage richtet sich allein gegen den Verwaltungsakt z. B. der Nichtversetzung oder der Ablehnung der Aufnahme in eine Schule. Aber bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser angefochtenen Verwaltungsakte muß das Verwaltungsgericht untersuchen, ob der Verwaltungsakt der Nichtversetzung oder der Nichtaufnahme zutreffend begründet wurde. Die Begründung solcher Verwaltungsakte wird aber regelmäßig damit erfolgen, daß die Leistungen des Schülers eine Versetzung in die nächsthöhere Klasse oder eine Aufnahme in die gewünschte Schule nicht erlauben.

II. Die Annahme verwaltungsrechtlicher Besonderheiten für das Gebiet schulischer Leistungsbewertung.

1.) Ule⁶⁾ stellt die schulischen Leistungsbewertungen in die Nachbarschaft von Sachverständigengutachten, die in einem Prozeß immer dann eine Rolle spielen, wenn das Gericht Werturteile aus außerrechtlichen Bereichen selbst nicht bilden kann. Dabei unterscheidet Ule zwei Gruppen von Gutachten: Auf der einen Seite stehen die sogenannten "vertretbaren" Gutach-

1) Vgl. dazu Heckel, Schulrechtskunde, S. 270/272, und oben S. 109

2) Siehe dazu das Urt. des BVerwG v. 10. 12. 1954, -II C 31. 54-, in BVerwGE Band 1, S. 263

3) Zum wählenden Ermessen im Schulverhältnis nach Hamann, in DVBl. 1945 S. 581 - 583

4) Ule, das Besondere Gewaltverhältnis, S. 167

5) Siehe darüber oben S. 79

6) Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 167 ff

ten in Fällen, bei denen jeder vom Gericht hinzugezogene Sachverständige die Lage erschöpfend beurteilen kann, z. B. die medizinische Frage nach der Dienstunfähigkeit eines Beamten. Auf der anderen Seite stehen die Fälle, in denen die erlassende Verwaltungsbehörde selbst die rechtliche Entscheidung und das technische Werturteil abzugeben hat, insbesondere also die Fälle aus dem Schulrecht. Hierbei soll es sich um sogenannte "unvertretbare"¹⁾ Urteile handeln. Keine andere sachverständige Person ist in der Lage, das Urteil, das die Klassenkonferenz über den betreffenden Schüler abgegeben hat, durch ihr eigenes Urteil zu ersetzen. Hier hat die gerichtliche Nachprüfung einer pädagogischen Beurteilung ihre Grenzen erreicht. Die persönlichen Kenntnisse über die Person eines Schülers, die Eindrücke und Erfahrungen, die ein Lehrer im Laufe eines Schuljahres gesammelt hat und die alle für das pädagogische Urteil entscheidend sind, kann kein Sachverständiger haben. Deshalb muß sich das Verwaltungsgericht notwendigerweise auf die Frage beschränken, ob das Urteil einer Klassenkonferenz in formeller²⁾ und materieller Hinsicht rechtlich einwandfrei zustande gekommen ist.³⁾ Die Vereinbarkeit dieser Auffassung mit der Garantie eines umfassenden Verwaltungsrechtsschutzes begründet Ule mit einer teleologischen Auslegung von Art. 19 Abs. IV GG. Ein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, der auch pädagogische Werturteile einer gerichtlichen Nachprüfung unterstelle, sei für die rechtsstaatliche Entwicklung schädlich und könne deshalb von Art. 19 Abs. IV GG nicht gewollt sein.

2.) Nach Menger⁴⁾ stößt das Verwaltungsgericht dort an die Grenze seiner Möglichkeiten, wo die incriminierte Maßnahme mit technischen Wertur-

1) aaO S. 170

2) Als Beispiel für die Überprüfung einer Versetzungsentscheidung in formeller Hinsicht sei das Urteil des VG Kassel vom 15. 3. 1956, - II 9. 56 -, in DÖV 1956, 636 ff genannt. Das VG hob mit diesem Urteil die Versetzungsentscheidung einer Klassenkonferenz deshalb auf, weil diese Konferenz nicht ordnungsgemäß besetzt war und weil keine getrennte Beratung über Leistungs- und Führungsnoten stattgefunden hatte.

3) Wie Ule auch Werner in DVBl. 1957, S. 221 - 227, der den Verwaltungsgerichten empfiehlt, bei vorwiegend technischen Begriffen die Entscheidung der Verwaltung als die eines Sachverständigen aufzufassen und kein "Diktat der Besserwisserei" zu betreiben.

Ähnlich das OVG Hamburg, Urt. v. 6. 7. 1955, -Bf. II 99/54 -, in Verw. Rspr. Bd. 8, S. 547 ff, das im Versetzungsbeschluß die Betätigung pädagogischer Sachverständigen sieht, dessen Überprüfung tatsächliche Grenzen habe.

4) Der Schutz der Grundrechte ... aaO, S. 744

gen, z. B. mit wissenschaftlichen oder pädagogischen Werturteilen verknüpft ist, die sich der Prüfung des Gerichtes entziehen. Deswegen sollen Versetzungen in eine höhere Schulklasse oder Prüfungsentscheidungen nur in formeller Hinsicht, nicht aber bezüglich der materiellen Beurteilung des Betroffenen nachprüfbar sein.

Schneider¹⁾ lehnt eine richterliche Nachprüfung pädagogischer Leistungsbewertungen ebenfalls ab, weil es an einem rechtsnormgebundenen Maßstab fehle, an dem diese Bewertungen gemessen werden könnten.

3.) Bettermann²⁾ unterscheidet auf dem Gebiete des Prüfungswesens zwischen Rechtsfragen und Fachfragen. Die eigentliche Beurteilung des Prüflings soll als Fachfrage nicht der Jurisdiktion unterstellt werden.

Heckel³⁾, der von der gleichen Unterscheidung ausgeht, stellt im Ergebnis die Leistungsbewertungen in die Nachbarschaft wählender Ermessensentscheidungen. Der fachlich pädagogische Teil jeder Leistungsbewertung soll zwar grundsätzlich unüberprüfbar sein. Prüfbar bleiben jedoch alle Formmängel und Verletzungen der allgemeinen Grundsätze des Rechtsstaates. Dazu gehört nach Heckel die Nachprüfung, ob die Schule frei von Willkür, d. h. im Rahmen pflichtgemäßer Überlegung und sachkundiger Beurteilung handelte, ob sachfremde Erwägungen die Entscheidung bestimmten, ob die Maßnahme in einem Verhältnis zu ihrer Veranlassung steht und ob das Gleichheitsprinzip gewahrt ist.

Hamann,⁴⁾ der gleichfalls davon ausgeht, daß die Schule auf dem Gebiete der Leistungsbewertung von fachlicher Kontrolle durch die Gerichte frei sein soll, schlägt für diese Freiheit den Begriff "Autonomie" vor. Diese Autonomie soll als ein grundsätzlich keiner richterlichen Nachprüfung unterliegendes Eigenrecht der Schule verstanden werden. Soweit diese Autonomie reicht, sollen Verletzungen von Rechten der ihr Unterworfenen begrifflich nicht möglich sein. Nur wo Maßnahmen der Schule nicht mehr durch diese Autonomie gedeckt sind, soll eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung insbesondere daraufhin möglich sein, ob die in Frage stehenden Entscheidungen offenbar von unsachlichen Erwägungen bestimmt waren.

1) in DVBl. 1953, S. 82/83

2) Diskussionsbeitrag bei der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Mainz am 11. u. 12. 10. 1956, in VVDStL Heft 15 / S. 215

3) Schulrechtskunde, S. 339

4) Anmerkung zum Urteil des OVG Rheinland-Pfalz vom 18. 12. 1953, - 2 A 64/53 -, in DVBl. 1954, S. 581 - 583

4.) Thieme¹⁾ zerlegt den Vorgang der Leistungsbewertung in zwei Teile, deren einer ein Verhalten wählenden Ermessens darstellt, während der andere zu einem Bereich "struktureller Besonderheit des Bildungswesens" gehört.

Echte Ermessensfreiheit im Sinne eines auswählenden Ermessens soll dabei insoweit bestehen, als die Prüfer innerhalb bestimmter Grenzen selbst entscheiden können, an Hand welcher Maßstäbe sie den Prüfling beurteilen möchten. Ein Prüfer orientiere seine Beurteilung mehr danach, ob der Prüfling - (oder der Schüler) - positives Wissen besitze, ein anderer achte mehr auf die Phantasie, ein dritter mehr auf die Gedankenführung. Die Entscheidung eines Prüfers, an welchem Leitbild er seine Bewertung vornehmen will, soll also als Ermessensentscheidung überprüfbar sein.

Eine "echte Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechtes" soll dagegen insoweit vorliegen, als es um die Feststellung geht, ob der Prüfer nun tatsächlich die Bewertung an Hand des von ihm gewählten Leitbildes richtig vorgenommen hat. Der Richter kann danach nicht nachprüfen, ob die Leistung des Schülers z. B. wirklich die Fähigkeit zum selbständigen Denken oder ein hinreichendes Wissen kundgetan hat. Eine solche Nachprüfung wäre einmal der Autorität der Prüfer und Lehrer abträglich und zum andern auch gar nicht möglich. Denn die gerichtlichen Entscheidungen könnten nicht besser sein als die Entscheidungen der prüfenden Fachleute. Gerade in dieser Unmöglichkeit einer nachträglichen Überprüfung liege eine strukturelle Besonderheit des Bildungswesens.

III. Die Zuordnung der Leistungsbewertungen zu den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Begriffen:

Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum.

In dem Maße, wie das Schulwesen aus seiner Isolierung innerhalb des öffentlichen Rechtes heraustritt und immer mehr nur als Teilbereich staatlicher Verwaltung aufgefaßt wird, nehmen die Meinungen zu, die bei der Frage der Überprüfung schulischer Leistungsbewertungen nicht auf irgendwelche Besonderheiten des Schulrechts verweisen, sondern auch diesem Problem seinen Platz im allgemeinen Begriffsgefüge des Verwaltungsrechtes zuweisen.

1.) Schulische Leistungsbewertungen als Ermessensentscheidungen.

In einer Vielzahl verwaltungsgerichtlicher Schulentscheidungen wird zwischen den wählenden und wertenden Schulmaßnahmen kein Unterschied

1) Thieme, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Entscheidungen in Schul-, Ausbildungs- und Prüfungssachen, in NJW 1954, S. 742 ff

gemacht. Auch die schulischen Leistungsbewertungen werden auf diese Weise als Betätigung echten Ermessens aufgefaßt, mit allen Folgen, die sich daraus für die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung ergeben.¹⁾

Als Beispiele seien genannt:

LVG Düsseldorf²⁾: "Die Entscheidung der Klassenkonferenz über den Versetzung war, in ihrem wesentlichen, die Leistungen bewertenden Teil, eine Ermessensentscheidung, wie nach wohl unbestrittener Rechtsprechung alle Entscheidungen, ... die ein Prüfungsgremium über die fachlichen Fähigkeiten einer Person fällt ... Das verwaltungsgerichtliche Prüfungsrecht beschränkt sich daher bei solchen Entscheidungen in materiellrechtlicher Hinsicht auf die Fragen, ob die Tatsachen, die den Akt gerechtfertigt hätten, nicht vorhanden waren, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten worden sind oder ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist ... Das Verwaltungsgericht kann, mit andern Worten, nicht die fachliche Bewertung im einzelnen überprüfen und gegebenenfalls seine eigene Wertung an die Stelle derjenigen der Prüfungsbehörde setzen, sondern es kann im wesentlichen nur prüfen, ob die Behörde von zutreffenden Tatsachen ausgegangen ist, einen sachlichen, dem Prüfungszweck entsprechenden Maßstab angelegt hat und ob die Entscheidung von sachlichen Erwägungen getragen wird."

OVG Münster³⁾: "... Sogar Prüfungsentscheidungen, erst recht aber Entscheidungen über die Versetzung eines Schülers von der einen Klasse in die andere, sind "Angelegenheiten des freiesten Ermessens", und bei dessen Nachprüfung darf nicht etwa das Ermessen der Justiz an Stelle des Ermessens der Verwaltung gesetzt werden ... Die Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht kann sich also nur auf den etwaigen Mißbrauch des freien Ermessens der Konferenz .. erstrecken."⁴⁾

1) Siehe oben S. 145/146

2) Urteil vom 26. 11. 1953, - 1 K 33/53 -, in DVBl. 1954, S. 583 - 584

3) Beschl. v. 12. 1. 1954, - V B 1189/53 -, in DVBl. 1954 / S. 584 - 585

4) Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung: OVG Lüneburg, Ur. v. 22. 8. 50, II OVG A 342/50 -, in DVBl. 1951, S. 147; "Die Feststellung des Prüfungsergebnisses trifft der Prüfungsausschuß nach freiem Ermessen."

LVG Münster, Ur. v. 6. 7. 1951, - 1 a K 294/51 -, in DVBl. 1953, S. 27; Die Entscheidung der Klassenkonferenz über die Versetzung stellt sich als Ermessensentscheidung dar. OVG Berlin, Ur. v. 20. 11. 1952, - OVG I B 17/52 -, in DVBl. 1953, S. 579-580: "... Die Feststellung des Prüfungsergebnisses trifft der Prüfungsausschuß ... nach freiem Ermessen." LVG Düsseldorf, Ur. v. 28. 5. 1954, - 1 K 42/54 -, in DVBl. 1955, S. 267; (Leitsatz) "Die Entscheidung über die Versetzung ist in ihrem die Leistungen des

Auch Krüger¹⁾ bezeichnet Prüfungsangelegenheiten als Angelegenheiten des freiesten Ermessens, die unter dem Gebot stehen, daß hier nicht etwa das Ermessen der Justiz an die Stelle des Ermessens der Verwaltung gesetzt werden darf.

2.) Schulische Leistungsbewertungen als Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe

a) In neuerer Zeit haben sich die Meinungen gemehrt, die dem bisherigen "unkritischen Gebrauch" des Wortes "Ermessen" entgegenzutreten.²⁾ Reuß³⁾ stellt fest, daß mit dem Begriff "Ermessen" bisher zwei verschiedene Erscheinungsformen behördlicher Betätigung bezeichnet werden. Danach ist die eine Erscheinungsform des Ermessens die Wahlfreiheit der Behörde zwischen mehreren - gleichermaßen erlaubten - Verhaltensweisen. Dieses Ermessen soll zur Klarstellung als "volitives" oder "Handlungsermessen" bezeichnet werden.

Die zweite Rechtserscheinung, die bisher unter dem Begriff "Ermessen" verstanden wird, bezieht sich demgegenüber auf behördliche Erkenntnisakte. Ermessenswahrung heißt in diesem Zusammenhang die Befugnis der Behörde zur selbständigen Prüfung des Anliegens der gesetzlichen Voraussetzungen der Amtsausübung. Dieses Ermessen bei Vollziehung eines Urteilvorganges

Schülers bewertenden Teil eine Ermessensentscheidung, weil der Schulbehörde eine subjektive Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Beurteilung der Fähigkeiten und Kenntnisse des Schülers eingeräumt ist. Eine Nachprüfung der einzelnen fachlichen Bewertungen auf ihre objektive Richtigkeit kann daher im Verwaltungsstreitverfahren nicht erfolgen. Es kann nur geprüft werden, ob Ermessensüberschreitungen vorliegen."

Das VG Kassel, Urt. v. 15. 3. 1956, - II 9/56 -, in DÖV 1956/636 bezeichnet die Prüfungs- und Versetzungsentscheidungen als "Angelegenheit des freiesten Ermessens".

Vgl. auch OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 16. 5. 1956, - 2 C 62/55 -, in DÖV 1956, S. 631; OVG Münster, Beschl. v. 28. 10. 1952, - VII B 493/52-, in MDR 1953/ S. 253 sowie die Zusammenstellung bei Ule, Das Besondere Gewaltverhältnis, S. 169, mit Hinweisen auf folgende unveröffentlichte Entscheidungen: VG Berlin vom 19. 11. 1953; VG Berlin vom 20. 6. 1955; VG Karlsruhe vom 28. 11. 1955; OVG Lüneburg vom 28. 6. 1956

1) Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, in NJW 1953, S. 1369 - 1373, S. 1370

2) Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in JZ 1955, S. 97 ff/S. 98

3) "Das Ermessen", Versuch einer Begriffserklärung, in DVBl. 1953, S. 585 - 589.

wird als "kognitives" oder "Urteilsermessen" bezeichnet.¹⁾

b) Üblicherweise ist der Erkenntnisakt, der bei der Ausübung kognitiven Ermessens vollzogen wird, die Konkretisierung eines sogenannten "unbestimmten Rechtsbegriffs".²⁾ Solche unbestimmte Rechtsbegriffe finden sich in den Gesetzen überall dort, wo es dem Gesetzgeber unmöglich ist, alle Voraussetzungen des Verwaltungshandelns detailliert festzulegen.³⁾ Im Gewerberecht ist z. B. die Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft gemäß § 2 Abs. I S. 1 des Gaststättengesetzes dann zu versagen, wenn der Antragsteller nicht die "erforderliche Zuverlässigkeit" besitzt. Das Gesetz zählt dann zwar einige Beispiele für Unzuverlässigkeit auf, kann aber nicht bis in alle Einzelheiten festlegen, was alles zum Begriff der "Zuverlässigkeit" gehört. Der Verwaltungsbehörde, die diesen Begriff anzuwenden hat, bleibt es überlassen, durch einen wertenden Erkenntnisvorgang festzustellen, ob der Antragsteller nun zuverlässig im Sinne des Gesetzes ist oder nicht.

Die gleiche Situation liegt bei den schulischen Leistungsbewertungen vor. Die Schule wählt nicht zwischen mehreren Möglichkeiten, sondern sie ordnet die Leistungen des Schülers einem unbestimmten Rechtsbegriff zu. Die Schule wendet unbestimmte Rechtsbegriffe an, wenn sie feststellt, ob ein Kind "hilfsschulfähig" ist oder nicht,⁴⁾ ob es für den Besuch einer bestimmten Schule "geeignet" ist oder nicht.

Das OVG Münster⁵⁾ führt aus: "Der Beschluß der Klassenkonferenz über die Versetzung eines Schülers stellt keine Ermessensentscheidung dar, sondern einen Erkenntnisvorgang bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. ."

Der VGH Bebenhausen⁶⁾ behandelt die Leistungsnoten "ausgezeichnet", "gut" etc. als unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Handhabung kein Raum für Verwaltungsermessen sei. Der Begriffsinhalt unbestimmter Rechtsbegriffe müsse durch Interpretation in der Weise gewonnen werden, "daß nähere, vom Gesetz zwar nicht ausdrücklich genannte, wohl aber in das Gesetz bereits hineingedachte Tatbestandsmerkmale herausgestellt werden."

1) Ebenso Bender in DVBl. 1953, S. 33 - 38; in der Literatur finden sich auch Begriffe wie "Erkenntnisermessen", "Subsumtionsermessen", "Tatbestandsermessen", "Beurteilungsermessen"; vgl. die Nachweise bei Bachof, in DVBl. 1957, S. 790

2) Reuß, aaO

3) Bachof, Beurteilungsspielraum . . . , JZ 55/99

4) OVG Lüneburg, Urf. v. 19. 1. 1957, - V A 91/56 -, in DVBl. 1958/105

5) Urf. v. 22. 9. 1958, - V A 1568/57 -, in DVBl. 1959, S. 72 - 75

6) Urteil vom 19. 7. 1958, - 112/58 -, in JZ 1959, S. 67 ff

Das VG Frankfurt¹⁾ stellt ebenfalls fest, daß bei der Zuordnung einer konkret ermittelten Leistung für den Prüfer keine Wahlmöglichkeit bestehe, sondern daß es sich hierbei um die Subsumtion eines Sachverhaltes unter Rechtsbegriffe und die Feststellung der sodann eintretenden Rechtsfolge handle.

Auch Rehmert²⁾ vertritt die Meinung, daß auf die Erteilung schulischer Benotungen die Umschreibung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe voll zutreffe: "Die im voraus durch abstrakte Bereitstellung einer Lösung gefällte Entscheidung ergibt für den konkreten Fall stets nur ein Ergebnis."

3.) Die verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe:

Uneingeschränkte Überprüfung oder Anerkennung eines behördlichen "Beurteilungsspielraumes"?

a) Die überkommene verwaltungsgerichtliche Lehre ist gekennzeichnet durch die formelhafte Alternative zwischen voll überprüfbaren Rechtsbegriffen und unüberprüfbaren Ermessenbegriffen³⁾. Nach Jellinek⁴⁾ liegt es im Wesen eines unbestimmten Rechtsbegriffes, daß er durch die richterliche Auslegung in einen bestimmten Begriff verwandelt werden muß. Reuß⁵⁾ sieht hier auch einen der wesentlichsten Unterschiede zwischen volitivem und kognitivem Ermessen: Nur das volitive Ermessen sei echtes Ermessen im Sinne der Verwaltungsgerichtsgesetze, während die Betätigung kognitiven Ermessens als Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffes in vollem Umfang richterlich überprüfbar sein solle. Im Bereich des Erkennens gebe es eben - anders als im Bereich des Wollens - keine eigentliche Wahl, sondern nur mehr oder minder vollkommene oder unvollkommene Annäherungen an die eine, stets unabänderliche Wahrheit, die gefunden zu haben das Ergebnis "richtig" mache. Mit dem unbestimmten Rechtsbegriff sei eine Lösung vorgegeben, die nur gefunden werden müßte. Ob im Einzelfall tatsächlich "die eine richtige Lösung" gefunden wurde, sei ohne Einschränkungen nachprüfbar. An anderer Stelle⁶⁾ führt Reuß aus, daß unbestimmte Rechtsbegriffe aus rechtsstaatlichen Gründen überhaupt nur durch das Korrektiv ihrer richterlichen Überprüfbarkeit erträglich seien. ⁷⁾ Die Übertragung der Grundsätze für das volitive Er-

1) Urteil vom 20. 10. 1959, - VI/Z-1122/58 -, in JZ 1961 / S. 65

2) in NJW 1958, S. 232 - 233

3) Vgl. dazu Bachof, in DVBl. 1957, S. 789

4) Verwaltungsrecht, S. 32

5) Das Ermessen, in DVBl. 1953, S. 585 - 589

6) In DÖV 1957, S. 588

7) Gegen eine Gleichsetzung von volitivem und kognitivem Ermessen auch Hamann, in DVBl. 1954, S. 581 - 583

messen auf das kognitive Ermessen ist nach Reuß also unzulässig.¹⁾

Für das Gebiet schulischer Leistungsbewertungen ist der Grundsatz, daß es sich hier um die Anwendung voll überprüfbarer Rechtsbegriffe handeln soll, bisher jedoch nur vereinzelt angewandt worden.

Das OVG Berlin²⁾ führt aus: "Sofern nicht im Einzelfall die gesetzliche Regelung Raum für behördliches Ermessen lassen will und kann, ... gibt es in solchen Fragen nur eine richtige Entscheidung, obgleich nicht verkannt werden soll, daß es vielfach an der Grenze menschlichen Vermögens liegt, diese richtige Entscheidung zu finden. In weitgehender Übereinstimmung mit Reuß (DVBl. 1953, S. 585 - 589) hat der erkennende Senat erhebliche Bedenken, die für das "Handlungsermessen" entwickelten Grundsätze auf das "Beurteilungsermessen zu übertragen ... Die Erziehungsaufgabe der Schule ist dadurch gekennzeichnet, daß eine Mehrzahl von Schülern zu unterrichten und zu fördern ist. Das Bildungsziel ist jeweils festgelegt. ..."

Das VG Frankfurt³⁾ sieht in den Schulnoten lediglich auslegungsbedürftige Begriffe, die von den Gerichten durch wiederholte Anwendung auf den Einzelfall nur praktikabel gemacht werden müßten. Keinesfalls könne die Determinierung solcher Begriffe der Verwaltungsbehörde überlassen bleiben, gegen die ja gerade der Rechtsschutz in Anspruch genommen werde. Daß eine volle gerichtliche Nachprüfung "am Faktischen scheitern" könne, sei eine Schwierigkeit, die sich auf vielen Rechtsgebieten ergebe und die nur mit den Beweislastregeln zu bewältigen sei. Es gehe dabei stets zu Lasten des Anfechtungsklägers, wenn die von ihm behaupteten Tatsachen, die die Unrichtigkeit der Bewertung ergeben sollen, nicht nachweisbar seien. Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen, die sich dabei ergeben könne, sei ebenfalls nicht nur für das Prüfungswesen typisch.

Das VG Frankfurt prüft daraufhin eine mit "ungenügend" bewertete Arbeit des durchgefallenen Kandidaten daraufhin nach, ob diese Note sachlich zu Recht erteilt worden sei.

b) Demgegenüber hat sich in jüngster Zeit eine andere Lehre durchgesetzt, die von dem starren Entweder - Oder zwischen Ermessen und unbestimmten

1) In DÖV 1954, S. 537 vertritt Reuß diese Ansicht mit noch zugespitzteren Formulierungen: Bei der Gleichsetzung von Urteils- und Handlungsermessen werde "in nahezu laienhaft anmutender Weise von "Ermessen" gesprochen, bewußt oder unbewußt aus dem Bestreben, die in diesem Wort gewitterte Chance der geistigen Bequemlichkeit und der Immunisierung gegen richterliche Überprüfung zu sichern und zu legitimieren."

2) Urteil vom 1. 12. 1954, - OVG I B 97. 54 -, in OVG Bd 3 / S. 146 - S. 162, S. 159

3) Urteil vom 20. 10. 1959, - VI/Z-1122/58 -, in JZ 1961, S. 65

Rechtsbegriffen in Bezug auf die Beschränkbarkeit richterlicher Nachprüfung abgerückt ist. Die Nachprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wird - zumindest in einigen Fällen - von dieser Lehre der Nachprüfung echter Ermessensbetätigung im Ergebnis gleichgestellt

Ausgangspunkt ist dabei gerade die "Unbestimmtheit" einiger Rechtsbegriffe. Wenn ein Gesetz die Aufnahme eines Schülers in die Hilfsschule von seiner "Hilfsschulfähigkeit" abhängig macht, dann ist theoretisch in jedem zur Entscheidung stehenden Fall zwar nur eine Entscheidung richtig. Der Schüler ist entweder objektiv hilfsschulfähig oder er ist objektiv nicht hilfsschulfähig. Praktisch aber sind der subjektiven Erkenntnis- und Beurteilungsfähigkeit Grenzen gesetzt. In der Praxis werden also neben solchen Fällen, in denen ein Kind nach einhelliger Ansicht noch hilfsschulfähig ist, und solchen Fällen, in denen es nach ebenso einhelliger Ansicht nicht mehr hilfsschulfähig ist, Fälle denkbar sein, in denen der eine Fachmann zur Aufnahme in die Hilfsschule rät, während der andere dem Besuch keine Erfolgsaussicht beimißt. 1) Daraus ergibt sich das Problem: Wie ist zu entscheiden, wenn ein erfahrener Pädagoge nach völlig sachlicher Prüfung des Falles einen Schüler für nicht mehr hilfsschulfähig erklärt und die Aufnahme des Kindes in die Hilfsschule daraufhin abgelehnt wird, während im anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein anderer, ebenso erfahrener und ebenso sachlich urteilender pädagogischer Sachverständiger den Schüler als hilfsschulfähig beurteilt? Die Meinungsverschiedenheiten zwischen beiden Pädagogen sind rein fachlicher Natur. Ist hier die Meinung des Verwaltungsrichters, der in der Regel dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen folgen wird, maßgebend, oder hat die Meinung der Schule in diesem Grenzfall den Vorrang?

Aus dem praktischen Gegebenheiten - (hier also aus der Begrenztheit menschlicher Erkenntnisfähigkeit²⁾) - sind verwaltungsrechtliche Folgerungen hergeleitet worden. An die Stelle der Meinung, daß der unbestimmte Begriff nur jeweils eine richtige Lösung biete und vom Richter lediglich in einen bestimmten Begriff umzuwandeln sei, tritt mehr und mehr eine andere Meinung, die der Behörde einen "Beurteilungsspielraum"³⁾ bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einräumt. Das OVG Lüneburg⁴⁾

1) OVG Lüneburg, Urt. v. 19. 1. 1957. - V A 91/56 -, in DVBl. 1958/S. 105

2) Vgl. dazu Bachof, VVDStL Heft 12, S. 70/71

3) Begriff und Lehre vom "Beurteilungsspielraum" gehen hauptsächlich zurück auf Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in JZ 1955, S. 97 - 102; dazu auch Bachof, Anmerkung zum Urt. des BVerwG v. 11. 10. 1956 - I C 179/54 -, in DVBl. 1957, S. 788 - 790.

4) Urteil vom 22. 8. 1958, - V A 46/58 -, in DVBl. 1958, S. 837 - 840

veranschaulicht diese Lehre durch das Bild, daß man sich die unbestimmten Rechtsbegriffe in zwei Teile zerlegt vorzustellen habe, nämlich in einen Begriffs kern und einen Begriffshof; der Bereich des Begriffshofes könne vom Gesetzgeber als "Beurteilungsspielraum" eröffnet worden sein. Wenn innerhalb eines bestimmten Rahmens verschiedene Werturteile gleich richtig sein können, dann "gilt"¹⁾ das Werturteil der Verwaltungsbehörde; denn die Verwaltungsbehörde ist in erster Linie vom Gesetz zur Anwendung dieses Begriffes berufen worden.²⁾ Das Gericht hat den Begriff nicht selbst auf den Fall anzuwenden, sondern nur die Anwendung dieses Begriffes durch die Verwaltungsbehörde zu kontrollieren. Diese Kontrolle kann dann aber nur darin bestehen, ob die Anwendung des betreffenden Begriffes durch die Verwaltungsbehörde sich im Bereich jener Möglichkeiten bewegt, wo zwei völlig gleich qualifizierte Fachleute verschiedener Meinung sein können, d. h., ob die Anwendung des Begriffes sich in den Grenzen des Beurteilungsspielraumes hält.³⁾

Da von der Verfassung umfassender Rechtsschutz garantiert ist, wird jedoch hervorgehoben, daß die Annahme von Beurteilungsspielräumen die Ausnahme bleiben und daß bei jedem unbestimmten Rechtsbegriff gesondert die Frage gestellt werden müsse, ob das Gesetz hier wirklich einen Beurteilungsspielraum einräumen wollte.^{4) 5) 6)}

1) So Haas, Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen, in MDR 1953, S. 651 - 655, S. 653

2) Vgl. dazu auch Redding, Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen, in DÖV 1954, S. 365 - 367

3) Bachof, in JZ 1955, S. 102 4) Bachof, in JZ 1955, S. 100

5) Nach Jarosch, Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, in DVBl. 1954, S. 521 - 525, S. 523, soll der Spielraum der Behörde umso größer sein, je sachkundiger die rechtsanwendende Behörde auf bestimmten Fachgebieten ist.

6) Der Lehre vom Beurteilungsspielraum folgte ein Vorschlag des Bundesratsausschusses für innere Angelegenheiten bei der Beratung des Regierungsentwurfes der Verwaltungsgerichtsordnung. Danach sollte ein § 114 a II des Inhalts eingefügt werden:

"Ist die Verwaltungsbehörde durch einen unbestimmten Gesetzesbegriff eingeschränkt oder gebunden, so liegt Rechtswidrigkeit nur insoweit vor, als die Beurteilung dieser Begriffe dem Sinn des Gesetzes widerspricht."

(Zitiert bei Bachof, in JZ 1955, S. 97)

Dieser Vorschlag wurde zwar von der Gemischten Kommission von Zivilprozeß- und Staatsrechtslehrern auf der Sitzung am 12. 2. 1955 in Wiesbaden einstimmig abgelehnt, jedoch nur aus rechtsmethodischen Gründen, nicht wegen einer Stellungnahme gegen die Lehre vom Beurteilungsspielraum. Die Kommission anerkannte ausdrücklich: "Soweit die Auslegung eines unbe-

Zu den gleichen Ergebnissen wie die Lehre vom Beurteilungsspielraum gelangen auch Jesch¹⁾ und Ule²⁾.

Für Jesch ist das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe ein Problem der nicht mitteilbaren Imponderabilien, die der Auflösung von Wertbegriffen in beschreibende Tatsachenbegriffe oft einen unüberwindlichen Widerstand entgegensetzen. Die tatsächlichen Feststellungen sind aber darauf beschränkt die Existenz jener Tatsachen nachzuweisen, die in den Tatsachenbegriffen, in die der Wertbegriff aufgelöst wurde, beschrieben sind.

Der nicht weiter auflösbare Restbestand an tatsächlichen Feststellungen muß summarisch durch einen allgemein gehaltenen Begriff ersetzt werden. Die Feststellung der Behörde kann unter Umständen als die Zusammenfassung eines solchen Restbestandes an Fakten gewertet werden. Bei diesem Verfahren muß dem Gericht an Stelle von Tatsachen deren rechtliche Qualifikation vorgetragen werden. Dieses Ergebnis ist nach Jesch angesichts der praktischen Schwierigkeiten, wirklich alle Einzeltatsachen darzulegen, nicht zu umgehen. Dennoch wird ausdrücklich betont, daß die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsbehörde keine Betätigung von Verwaltungsermessen darstellt.

Die "Vertretbarkeitslehre" Ules³⁾ konstruiert bei den unbestimmten Rechtsbegriffen einen Bereich "relativer Bindung" und "relativer Freiheit" der Verwaltung. Im Bereich der relativen Freiheit soll den Verwaltungsgerichten nur eine Kontrolle darüber zustehen, ob die Verwaltungsbehörde das Gesetz "vertretbar" angewendet hat. Diese Beschränkung auf eine "Vertretbarkeitskontrolle" soll insbesondere bei der Überprüfung der Begriffe der Leistungs- und Prüfungsbewertungen gegeben sein. Ule hebt aber hervor⁴⁾, daß es nur in Grenzfällen dem Verwaltungsgericht verwehrt sein solle, sein eigenes Werturteil an die Stelle des Urteils der Verwaltungsbehörde zu setzen, wobei es außerdem Sache der Verwaltungsgerichte sei, die Grenzen des "Beurteilungsspielraumes" selbst zu ziehen, innerhalb deren verschiedene Werturteile rechtlich gleichwertig sein könnten. Die Rechtsanwendung in einem Beurteilungsspielraum habe mit Ermessensentscheidungen nichts zu tun.

stimmten Begriffes ergibt, daß den Verwaltungsbehörden ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, ist die Anwendung dieses Begriffes, die sich innerhalb des Spielraumes hält, der verwaltungsgerichtlichen Korrektur entzogen. Indessen sind derartige problemreiche Fragen der Rechtsmethodik einer Regelung durch den Gesetzgeber nicht zugänglich. ."

(JZ 1955/ S. 186)

1) Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in Arch f. öffl. R. Bd. 82/163 ff.

2) Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 309 ff

3) In Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 309 ff

4) aaO S. 326

Diese Lehren, nach denen auch die Nachprüfung der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sich in gewissen Grenzen halten muß, sind in mehreren Schulrechtsentscheidungen übernommen worden.

OVG Berlin¹⁾: "Ob der Beurteilungsvorgang .. zutreffend mit "Ermessen" bezeichnet worden ist, erscheint zweifelhaft, denn der Prüfungsausschuß ist fraglos nicht ermächtigt, im Einzelfall nach Zweckmäßigkeit oder Billigkeit zu entscheiden. Das dem Prüfungsausschuß eingeräumte "Ermessen" ist vielmehr ein Beurteilungsspielraum, dessen Grenzen durch die Reifeprüfungsordnung und die in ihr ergangenen Rundverfügungen näher umschrieben sind und deren Einhaltung von den Gerichten in allerdings ähnlicher Weise zu überwachen ist wie die Einhaltung der Grenzen des echten Handlungsermessens ... "

VGH Bebenhausen²⁾: "... Wo sich ein Begriff der Auflösung in zergliedernde Tatbestandsmerkmale entzieht, billigt der VGH der Verwaltung einen gerichtlich unüberprüfbaren, eigenverantwortlichen Bereich, einen "Beurteilungsspielraum" zu." Das Bestehen eines solchen Beurteilungsspielraumes wird dann insbesondere für das Prüfungswesen anerkannt, da die Zuordnung der Leistung eines Prüflings zu den Noten ein vorwiegend außerrechtlicher Vorgang sei. "... Es bleibt ein juristisch-technisch nicht faßbarer und damit gerichtsfreier, ein verhältnismäßig weitgespannter wissenschaftlich-pädagogischer Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörde innerhalb der grundsätzlich unbeschränkten richterlichen Prüfungskompetenz. Seine Grenzen liegen im Zweck des Prüfungswesens, dessen Aufgabe es ist, den Bildungsstand des Prüfungskandidaten sachverständig zu beurteilen."

OVG Münster³⁾: "1. Der Beschluß der Klassenkonferenz über die Versetzung eines Schülers stellt keine Ermessensentscheidung dar, sondern einen Erkenntnisvorgang bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, bei deren Auslegung allerdings ein Beurteilungsspielraum bleibt.

2. Eine Nichtversetzung kann nur daraufhin nachgeprüft werden, ob das zu beobachtende Verfahren eingehalten worden ist und ob der Beschluß wesentliche materiellrechtliche Grundsätze, etwa den Gleichheitssatz, verletzt. Die eigentliche pädagogisch-wissenschaftliche Wertung kann der Richter nur daraufhin nachprüfen, ob die Verwaltungsbehörde von einer falschen Tatsachenlage ausgegangen ist oder die Grenzen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes verletzt hat."

Auch das LVG Düsseldorf⁴⁾ führt aus, daß der Nichtversetzungsbeschluß,

1) Urt. v. 18. 4. 1956, - OVG I B 9. 56 -, in OVGE Bd. 4, S. 83-89, S. 87

2) Urt. v. 19. 7. 1958, - 112/58 -, in JZ 1959, S. 67 ff

3) Urt. v. 22. 9. 1958, - V A 1568/57 -, in DVBl. 1959, S. 72-75; (hier nur die Leitsätze)

4) Urt. v. 22. 9. 1955, - 1 K 2407/55 -, in DÖV 1956, S. 635

soweit er auf fachlichen Prüfungen und Bewertungen beruhe, nur in dem gleichen Umfange wie eine Ermessensentscheidung nachgeprüft werden könnte, da die Rechtsordnung der Schulbehörde für fachliche Entscheidungen einen "Bewertungs-" oder "Beurteilungsspielraum" eingeräumt habe.¹⁾

4.) Die Einbeziehung des "Beurteilungsspielraumes" in den allgemeinen Begriff des "Ermessens".

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Lehre vom Beurteilungsspielraum bei Anwendung einiger unbestimmter Rechtsbegriffe übernommen, ist jedoch von der begrifflichen Unterscheidung zwischen Ermessensbetätigung einerseits und Verwaltungstätigkeit im Beurteilungsspielraum, die mit Ermessen nichts zu tun haben soll, andererseits, abgewichen.

In einer Entscheidung, die sich mit der Feststellung der "Eignung" eines Schülers für eine weiterführende Schule befaßt²⁾, folgt das BVerwG zunächst noch der allgemeinen Lehre, wenn es einräumt, daß unter bestimmten, eng begrenzten Voraussetzungen die Anerkennung eines "gerichtsfreien Beurteilungsspielraumes" der Behörde zweckmäßig und auch verfassungsrechtlich vertretbar sein könne. Es führt dazu aus: "... Das gilt gerade bei unbestimmten Rechtsbegriffen wertenden Inhalts, wie dem der Eignung, bei deren Beurteilung in Grenzfällen der menschlichen Erkenntnisfähigkeit natürliche Schranken gesetzt sind. Dem trägt die Lehre vom Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörde, die "Vertretbarkeitslehre", Rechnung. Ob ein solcher Beurteilungsspielraum aber besteht, ist für jedes Rechtsgebiet besonders zu entscheiden. Die Entscheidung hängt davon ab, ob in das jeweils zur Anwendung gelangende Gesetz "hineingelesen" werden kann, daß die Behörde über das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nach pflichtgemäßer Beurteilung entscheiden darf ... "

In einem weiteren Schulrechtsurteil³⁾ befaßt sich das BVerwG dann noch eingehender mit der Lehre vom Beurteilungsspielraum. Dabei wird die strenge Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum aufgegeben.

Bei dem zur Entscheidung stehenden Fall war der Nichtversetzungsbeschluß einer Klassenkonferenz mit der Begründung angefochten worden, daß die für die Nichtversetzung entscheidenden schlechten Noten aus unsachlichen, per-

1) Dafür, daß es sich bei Prüfungsentscheidungen nicht um Ausübung von Verwaltungsermessen, sondern um Rechtsanwendung in einem Beurteilungsspielraum handeln soll, auch Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19, Abs. IV Anm. 26; ebenso Rehmert, in NJW 1958, S. 232 - 233

2) Urteil vom 29. 6. 1957, - II C 105. 56 -, in BVerwGE Bd. 5 / 153 ff

3) Urteil vom 24. 4. 1959, - VII C 104. 58 -, in BVerwGE Bd. 8, S. 272-276

sönlichen Motiven erteilt worden seien.

In den Gründen führt das BVerwG unter anderem aus:

"Das Zusammenleben der Menschen stellt den Bürgern und den Behörden unaufhörlich Aufgaben. Diese Aufgaben können oft auf verschiedene Weise gelöst werden.

Mag auch jeweils nur eine Lösung die beste oder auch die einzig richtige sein, so trägt doch die Rechtsordnung dem Umstande, daß verschiedene Lösungen möglich sind, Rechnung, indem sie mehrere Lösungen rechtlich billigt Wenn die Rechtsordnung mehrere Lösungen billigt, wenn, wie das Gesetz sich ausdrückt, die Behörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, kann das Gericht nur prüfen, ob die Behörde innerhalb der von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen des Ermessens gehandelt habe. Auch diese dem Gericht obliegende beschränkte Ermessensprüfung ist in ihrem Wesen eine Rechtsprüfung, weil sie durch rechtliche Grenzen bestimmt wird. . . . Wie die Erfahrung lehrt, kann das Urteil über den Wert geistiger Leistungen verschieden ausfallen . . .

Die Rechtsordnung verpflichtet Lehrer und Prüfer, nach bestem Wissen und Gewissen die Leistungen des Schülers und des Prüflings zu beurteilen. Dagegen verpflichtet sie sie nicht, zu demselben Urteil zu gelangen, zu dem später ein gerichtlicher Sachverständiger gelangen würde, dem die Leistungen vorgelegt werden. Sie sind auch nicht verpflichtet, unter Anwendung von Regeln der Arithmetik aus den Bewertungen der einzelnen Leistungen eine Gesamtnote zu bilden. Sie dürfen einen Gesamteindruck berücksichtigen. Hieraus folgt, daß die Bewertung, die die Leistungen des Schülers oder des Prüflings durch die Lehrer oder Prüfer erfahren haben, vor Gericht nicht mit der Begründung angefochten werden können, daß nach dem Urteil eines andern Sachverständigen die Leistungen anders bewertet werden müßten, oder daß der Vergleich der einzelnen Leistungen eine andere Gesamtnote ergebe . . .

Der Sinn der Prüfungen ist es aber gerade, daß der Prüfling dem für ihn zuständigen Prüfer seine Fähigkeiten beweist, der sein Urteil auf Grund seiner Erfahrung, die er auch in anderen Prüfungen gesammelt hat, abzugeben hat. Mit Recht zieht das OVG daher aus der rechtlichen Natur der Prüfungen den Schluß, daß der Richter die eigentliche pädagogisch-wissenschaftliche Wertung nur daraufhin prüfen könne, ob der Prüfer von falschen Tatsachen ausgegangen sei, allgemein gültige Bewertungsgrundsätze nicht beachtet habe oder sich von sachfremden Erwägungen habe leiten lassen. Denn nur diese Grenzen zieht die Rechtsordnung. Innerhalb dieses Rahmens bewegen sich die Lehrer und Prüfer nach ihrem Wissen und Gewissen . . .

Art. 19, IV GG gewährleistet den Rechtsweg, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Rechtliche Nachprüfung der Bewertungen seiner Lehrer und Prüfer wird dem Schüler und Prüfling nach der billigenswerten Auffassung des OVG jedoch zuteil. Wie darge-

legt, stellt die Rechtsordnung nur einen Rahmen auf, innerhalb dessen sich Lehrer und Prüfer rechtlich bewegen dürfen ...

Das OVG gelangt zu seinem Zweifel "... (ob die Einräumung eines Beurteilungsspielraumes verfassungsmäßig sei) ... "weil es sich scheut, den § 23, III MRVO Nr. 165 auf die Bewertungsmöglichkeiten der Prüfer und Lehrer anzuwenden. Es vermeidet den Ausdruck "Ermessen". Für eine Art von Betätigungsfreiheit, bei der das behördliche Handeln weniger durch einen Willensentschluß als durch einen Vorgang der Erkenntnis bestimmt wird, wurde früher im Gegensatz zum "volitiven Ermessen" wohl der Ausdruck "wertendes Ermessen" oder "cognitives Ermessen" verwendet ... Hierfür wird von manchen neuerdings der Ausdruck "Beurteilungsspielraum" bevorzugt... Diesem Sprachgebrauch folgt das OVG. Hier handelt es sich jedoch um Hilfsbegriffe, die Rechtslehrer erdacht und geprägt haben, um das Wesen der Rechtsregeln zu ergründen und zu erläutern, und, wenn sie zu einem Ergebnis gelangen, den zur Anwendung der Gesetze berufenen Behörden und Gerichten eine wertvolle Hilfe zu geben. In die Gesetzessprache sind die Begriffe "unbestimmter Rechtsbegriff" und "Beurteilungsspielraum" bisher nicht eingegangen. Die Verfahrensgesetze sprechen da, wo die Rechtsordnung mehrere Lösungen zuläßt, und sie demgemäß den zur Prüfung berufenen Gerichten vorschreiben, diese Mehrdeutigkeit zu beachten, von dem "Ermessen" der Behörden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht bleibt es daher insoweit bei der Anwendbarkeit des § 23 Abs. III MRVO Nr. 165, mag auch die Einsicht in die Natur des behördlichen Handelns die Einführung des Begriffs "Beurteilungsspielraum" rechtfertigen ..."

(So konnten) "die Kläger im Rechtswege geltend machen, daß eine Lehrerin in unsachlicher Weise aus persönlicher Abneigung der Schülerin eine nicht gerechtfertigte schlechte Note erteilt habe, und daß die Klassenkonferenz aus unsachlichen Gründen die Versetzung trotz der guten Leistungen in Mathematik und in den naturwissenschaftlichen Fächern versagt habe. Hierüber hat das LVG Beweis erhoben durch Vernehmung der Lehrkräfte. Das OVG hat diese Vorwürfe mit Darlegungen, die der Nachprüfung im Revisionsverfahren standhalten, für widerlegt erachtet ..."

Damit ist eine völlige Gleichsetzung der Überprüfungsmöglichkeiten von volitivem und cognitivem Ermessen erreicht.¹⁾

1) Der VI. Senat des Bundesverwaltungsgerichtes scheint von dieser Rechtsprechung des VII. Senates allerdings wieder abzuweichen. In einem neueren Urteil - (v. 19. 10. 1960, - VI C 92/58 -, in NJW 1961, S. 796/797) das sich mit der Überprüfung einer Prüfungsentscheidung befaßt, führt der VI. Senat aus: "... Ob die Arbeit womöglich noch als mangelhaft (5) hätte beurteilt werden können, statt - wie geschehen - mit ungenügend (6), entzieht sich der gerichtlichen Beurteilung. Es begegnet zwar begrifflichen

Auch Englisch¹⁾ bringt alle Gesetzesbegriffe, die den Verwaltungsbeamten dazu aufrufen, selbständig zu werten, einheitlich unter den Ermessensbegriff. Da solche unbestimmten Begriffe nicht nur im sogenannten "Tatbestand" vorkommen, sondern auch innerhalb der "Rechtsfolge", kann der "Sitz" des Ermessens jeder Bestandteil eines Rechtssatzes ein. Allerdings muß jeder unbestimmte Gesetzesbegriff, der als Ermessensbegriff behandelt werden soll, dahin deutbar sein, daß die persönliche Ansicht dessen, der den Begriff anzuwenden hat, als maßgeblich Geltung erhalten soll. Nicht alle unbestimmten Begriffe sind danach also Ermessenbegriffe. Wann Freiheit und wann Gebundenheit gewollt ist, kann nach Englisch nur aus einer Erwägung der verschiedenen Ziele und Interessen ermittelt werden, denen die gesetzliche Norm dient.

Klein²⁾ vertritt ebenfalls die Meinung, daß Ermessensfreiheit nicht nur auf der Rechtsfolgeseite eines Rechtssatzes eingeräumt sein könne, sondern auch dann vorliege, wenn die Behörde nach dem Willen des Gesetzes ermächtigt sein soll, die Voraussetzungen einer bestimmten Rechtsfolge für vorhanden oder nicht vorhanden zu erklären. Bei unbestimmten Bewertungsbegriffen wie den Noten "ausreichend", "ungenügend" usw. spreche der Gesetzeswille dafür, daß die sprachliche Mehrdeutigkeit rechtliche Unbestimmtheit sein solle, jenseits welcher ein Rechtsurteil einfach nicht mehr möglich sei. Demgegenüber ist es nach Klein eine unbedeutende Frage, ob man den verbleibenden Bereich rechtlicher Unbestimmtheit als Ermessens-

Bedenken, Prüfungsentscheidungen als Ermessensentscheidungen i. S. des § 23 Abs. III MRVO 165 anzusehen. Auch die Rechtsprechung des VII. Sen. des BVerwG (vgl. BVerwGE 8. 272) entkräftet diese Bedenken nicht. Eines näheren Eingehens hierauf bedarf es nicht, weil jedenfalls im Ergebnis die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, da diese ihrem Wesen nach gerade das höchstpersönliche Urteil eines nach bestimmten Gesichtspunkten zusammengesetzten Gremiums wiedergeben sollen, Grenzen unterliegt, die denen der Überprüfung von Ermessensentscheidungen weitgehend entsprechen."

- 1) "Einführung in das juristische Denken", zitiert bei Reuß, in DÖV 1957, S. 585 ff
- 2) Anmerkung zum Urteil des VG Frankfurt v. 20. 10. 1959, AZ. VI/Z 1122/58, in JZ 1961, S. 66 ff/S. 68; ebenso, allerdings ohne besondere Berücksichtigung schulrechtlicher Fragen, in "Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit" - Versuch einer rechtstheoretischen Präzisierung ermessender Geistestätigkeit -, in Arch. öff. R. 82, Bd. S. 75

bereich oder als Beurteilungsspielraum bezeichnen wolle.¹⁾

1) Der Bayer. VGH, Ürt. v. 11. 1. 1954 - Nr. 373 II 50, - in JZ 1954 , S. 364, geht ebenfalls von der Gleichsetzung der beiden Spielarten des Ermessens aus, wenn er lediglich von dem "wertenden Ermessen" spricht, das bei der Beurteilung von Prüfungsleistungen gehandhabt werde und das sich grundsätzlich der gerichtlichen Überprüfung entziehe.

§ 16) Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung auf eine Ermessens- oder Vertretbarkeitskontrolle

1.) Im wesentlichen, - das hat der Überblick über den Stand der Meinungen ergeben -, besteht Einigkeit darin, daß der Schule ein recht umfassender Bereich zur eigenverantwortlichen Entscheidung der Einzelfälle belassen ist. Die Meinungsverschiedenheiten in der Begründung dieses Ergebnisses sind wohl in erster Linie nur terminologischer Art. Wo von Besonderheiten des Schulwesens ausgegangen wird - (die Schulentscheidung als "unvertretbares Sachverständigengutachten"¹⁾; das Fehlen eines rechtsnormgebundenen Maßstabes²⁾; die Unterteilung jeder Schulbewertung in einen rechtlichen und in einen pädagogischen Teil³⁾; die Einräumung einer "Autonomie" für die Schule⁴⁾; die Schwierigkeit der fachlichen Überprüfung als strukturelle Besonderheit des Bildungswesens⁵⁾; -, dort wird sachlich nichts anderes umschrieben als die Problematik der Handhabung und Überprüfung der unbestimmten Rechtsbegriffe. Gerade das Fehlen eines rechtsnormgebundenen Maßstabes macht die Wertung bei vielen unbestimmten Rechtsbegriffen problematisch, gerade die Schwierigkeiten in der Mitteilung der Imponderabilien, die die Entscheidung tragen, macht das Urteil der Verwaltungsbehörde in gewissen Grenzen immer zum unvertretbaren Sachverständigengutachten. Darin liegt also keine strukturelle Besonderheit des Bildungswesens, und die Autonomie, die als Ausweg aus den praktischen Schwierigkeiten vorgeschlagen wird, ist im Ergebnis nichts anderes als die auch für die Rechtsanwendung in andern Sachgebieten angenommene Gewährung eines Beurteilungsspielraumes.

Wo die Entscheidungen der Schule in das allgemeine Begriffsgefüge des Verwaltungsrechts eingeordnet werden, sind die Unterschiede, die sich dabei in den Meinungen ergeben, ebenfalls hauptsächlich terminologischer Art. Die begriffliche Scheidung von volitivem Ermessen einerseits und cognitivem Ermessen bzw. Rechtsanwendung in einem Beurteilungsspielraum andererseits hat zwar klargestellt, daß es sich in diesen beiden Fällen um wesensmäßig verschiedene Geistesbetätigungen handelt. Es ist ein Unterschied, ob der Lehrer auswählt, welche von zwei Erziehungsmaßnahmen im Einzelfall wohl die zweckmäßigste ist, oder ob er wertet, welche von zwei Normen für den betreffenden Schüler wohl auf Grund seiner Leistungen die richtigste ist. Für das verwaltungsgerichtliche Überprüfungsverfahren ergeben

1) Ule, siehe oben S. 146/147

2) Menger, Schneider, siehe oben S. 147/148

3) Bettermann, Heckel, siehe oben S. 148

4) Hamann, siehe oben S. 148

5) Thieme, siehe oben S. 149

sich daraus jedoch keine Unterschiede. In beiden Fällen muß davon ausgegangen werden, daß die Rechtsordnung dem Lehrer einen gewissen Spielraum zugewilligt hat, innerhalb dessen jede Entscheidung rechtswirksam ist. Das Verwaltungsgericht soll nicht entscheiden, welche Erziehungsmaßnahme nach seiner Meinung wohl am zweckmäßigsten gewesen wäre, sondern es soll urteilen, ob sich die Wahl des Lehrers im Rahmen der Möglichkeiten hält, die für die Entscheidung dieses Einzelfalls bestanden. Ebenso soll das Verwaltungsgericht nicht entscheiden, ob die Note 5 nach seiner Meinung für die Lateinleistung des Schülers richtiger gewesen wäre als die Note 6. Die Rechtsordnung darf sich nicht soweit außerhalb jeder Lebenserfahrung stellen, um nicht zuzubilligen zu müssen, daß die Leistungen eines Menschen von zwei verschiedenen Prüfern eben verschieden beurteilt werden können. Den Vorrang hat in diesen Grenzfällen das Urteil des Lehrers, nicht das Urteil eines gerichtlichen Sachverständigen; denn vom Gesetz ist allein der Verwaltungsbeamte, also der Lehrer, zur Rechtsanwendung im Schulverhältnis berufen. Die Aufgabe des Verwaltungsgerichtes beschränkt sich auf die Kontrolle¹⁾ der Rechtsanwendung durch den Lehrer. Wenn anerkannt werden muß, daß innerhalb eines gewissen Rahmens mehrere Urteile über eine Schulleistung billigenswert sind, dann kann die Aufgabe einer Kontrolle nur darin bestehen, ob die zu kontrollierende Entscheidung sich innerhalb dieses Rahmens hält. Diese Überprüfung einer Verwaltungsmaßnahme daraufhin, ob sie sich innerhalb eines bestimmten Rahmens hält, ist nach dem Sprachgebrauch der Verfahrensgesetze Ermessenskontrolle. Verfahrensrechtlich stellt sich bei beiden Spielarten des Ermessens dieselbe Frage: Wo verlaufen die Grenzen des Spielraums, innerhalb deren jede Verwaltungsentscheidung rechtswirksam ist; hält sich die angegriffene Maßnahme innerhalb dieser Grenzen oder nicht?

2.) Es ist schon im Zusammenhang mit der Frage nach den Rechtsgrundlagen für schulische Verwaltungsakte dargelegt worden, daß der Schulverwaltung durch die Gewährung einer umfassenden Schulaufsicht ein weites, kaum begrenztes Feld zur eigenverantwortlichen Ausgestaltung verfassungsgemäßen Schulwesens zugewiesen wurde.²⁾ Dazu gehört auch die Einräumung eines verhältnismäßig großen Beurteilungsspielraumes für Leistungsbewertungen.³⁾ Die Vorschriften über die Leistungsbewertungen stehen ja selbst weitgehend zur Disposition der Schulverwaltung, da es sich dabei in aller Regel um Ver-

1) Hierzu besonderes Jarosch, Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte, in DVBl. 1954, S. 521 - 525 / S. 523

2) Siehe oben S. 137/138

3) Bettermann, in VVDStL Heft 15, S. 216, weist darauf hin, daß gerade im Bereich Besonderer Gewaltverhältnisse Raum für Beurteilungsermessen gegeben sei.

waltungsverordnungen handeln dürfte. ¹⁾ Es ist verfassungsmäßig zulässig, einen Schüler dann nicht in die nächsthöhere Klasse zu versetzen, wenn er nicht die notwendigen Kenntnisse dafür mitbringt. Die Schulverwaltung ist aber verhältnismäßig freigestellt in der Festsetzung, bei welchem Kenntnisstand ein Schüler das Klassenziel erreicht hat. Es wird verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sein, ob schulische Verwaltungsverordnungen die Nichtversetzung eines Schülers bei zwei Noten ungenügend oder bei drei Noten mangelhaft oder bei einer Note ungenügend und zwei Noten mangelhaft oder in ähnlichen Fällen vorschreiben. Weiterhin wird der Schulverwaltung weitgehend Freiheit zuzubilligen sein, wenn es um die Festsetzung geht, was im Sinne der Versetzungsrichtlinien als "mangelhafte" oder als "ungenügende" Leistung anzusehen ist. Eine Überprüfung der einzelnen Noten kann deshalb ohnehin in der Regel nur am Umweg über den Gleichheitssatz erfolgen, indem ermittelt wird, ob die Schule, die ähnliche Leistungen bisher immer mit "mangelhaft" benotete, im konkreten Fall willkürlich von dieser Notengebung abgewichen ist, als sie die Note "ungenügend" erteilte. ²⁾ Angesichts der vielen Gesichtspunkte, die bei einer Leistungsbewertung zu berücksichtigen sind, wird es kaum möglich sein, die Notenbegriffe in eine hinreichende Anzahl beschreibender Faktenbegriffe aufzulösen. Gerade die Anwendung dieser Bewertungsbegriffe wird deshalb in jedem Einzelfall auf eine Menge nicht mitteilbarer Imponderabilien gestützt sein, die einer gerichtlichen Nachprüfung nicht zugänglich sind. ³⁾ Kaum ein unbestimmter Begriff wird einer Verwaltungsbehörde daher soviel Spielraum zur eigenen Beurteilung lassen, wie die wissenschaftlichen und pädagogischen Bewertungsbegriffe der Schule.

3.) Für die Überprüfung schulischer Leistungsbewertungen durch das Verwaltungsgericht gelten, - mangels abweichender Bestimmungen -, die allgemeinen Vorschriften für die Überprüfung von Ermessensentscheidungen, § 114 VwGO. ⁴⁾

Eine Überschreitung des Beurteilungsermessens liegt vor, wenn die Bewertung sich nicht mehr im Rahmen dessen hält, wo gleich qualifizierte Pädagogen zu verschiedenen Urteilen kommen können. Das ist dann der Fall, wenn allgemeine Bewertungsgrundsätze nicht beachtet wurden. Zur Beurteilung dieser Fragen wird das Verwaltungsgericht auf die Beiziehung eines pädagogischen Sachverständigen nicht verzichten können. Der Sachverständige soll dabei nicht sagen, wie er die Leistungen des Schülers beurteilt hätte, sondern ob

1) Siehe oben § 14

2) Siehe oben S. 140 ff

3) Vgl. dazu die Begründung verwaltungsbehördlicher Beurteilungsfreiheit bei Jesch, aaO, siehe oben S. 157

4) Siehe oben S. 145/146

es fachlich-pädagogisch vertretbar erscheint, die Leistungen so zu bewerten, wie es der betreffende Lehrer getan hat. Solange nichts Gegenteiliges ermittelt wird, muß der Sachverständige bei dieser Nachprüfung davon ausgehen, daß der Lehrer bei der Notengebung auch einen Gesamteindruck berücksichtigt hat, den der Lehrer im Verwaltungsgerichtsverfahren nur summarisch beschreiben, nicht aber durch Aufzählung aller entschiedenen Fakten belegen kann. Erscheint die Note dennoch unvertretbar, so ist der angefochtene Verwaltungsakt - (z. B. der Nichtversetzung) - aufzuheben, wenn er mit dieser als unvertretbar qualifizierten Note begründet wurde.

Bei der Feststellung, ob vom Beurteilungsermessen der richtige Gebrauch gemacht wurde, können insbesondere die Motive ermittelt werden, die für die Beurteilung ausschlaggebend waren. Wenn sich dabei ergeben sollte, daß der Schüler nur deshalb ein schlechtes Zeugnis bekam und nicht versetzt wurde, weil die Lehrer voreingenommen gegen ihn waren, dann ist der Verwaltungsakt der Nichtversetzung ebenfalls aufzuheben.¹⁾ Erlaubt sind nur rein sachliche Motive.

Das Verwaltungsgericht kann ferner ermitteln, ob die Schule bei der Leistungsbewertung die zu berücksichtigenden Tatsachen richtig gewürdigt hat. Wenn zur Festsetzung der Jahresnote z. B. alle Zwischennoten des laufenden Schuljahres herangezogen werden müssen, dann ist eine Jahresnote nicht richtig festgesetzt, wenn sie erkennbar nur auf den beiden schlechtesten Zwischennoten basiert.

4.) Bei diesen recht begrenzten Möglichkeiten einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung von Schulentscheidungen werden die Fälle, wo das Verwaltungsgericht tatsächlich zu einer Aufhebung des angefochtenen schulischen Verwaltungsaktes kommen wird, äußerst selten sein. In der Regel werden die verwaltungsgerichtlichen Verfahren also zu keiner Störung des Schulbetriebes führen. Korrigierende Eingriffe sind nur in den Fällen zu erwarten, wo wirklich evidente Rechtsverletzungen von Seiten der Schulgewalt festgestellt werden. Diese Eingriffe sind dann aber keine Störungen mehr, sondern die Verwirklichung der umfassenden Rechtsschutzgarantie auch im Schulbereich.

1) Heckel, Schulrechtskunde, S. 285; die Aufhebung wird in diesem Fall freilich nur zur Folge haben können, daß die Schule über die Versetzung erneut Beschluß fassen muß; für eine Verurteilung zur Vornahme der Versetzung dürfte die Sache noch nicht spruchreif sein, wenn die aus unerlaubten Motiven festgesetzte Note fachlich noch vertretbar erscheint.

SECHSTES KAPITEL

Verfahrensrechtliche Fragen bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen gegen Verwaltungsakte aus dem Schulverhältnis.

Die bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBl. I S. 17) gilt für alle verwaltungsgerichtlichen Verfahren gleichmäßig, einerlei, auf welches Teilgebiet der öffentlichen Verwaltung sie sich beziehen. Gerade für die formellen Fragen des Verwaltungsrechtsschutzes ist deshalb ein Allgemeiner Teil des Verwaltungsrechtes von besonderer praktischer Bedeutung, der die verschiedenen Betätigungsformen der öffentlichen Verwaltung möglichst allgemeingültigen Begriffen zuordnet. Wenn für jedes Teilgebiet der Verwaltung die Zuordnung zu den allgemeinen Begriffen durchgeführt ist, dann ergeben sich für das Verfahrensrecht keine Besonderheiten mehr.

Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Schulrechtsfällen soll deshalb auch nur mehr auf einige Einzelfragen hingewiesen werden, und zwar auf die Probleme im Zusammenhang mit der Rechtsbehelfsbelehrung (§ 17), mit der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln und - als Gegenstück dazu - mit der Möglichkeit von einstweiligen Anordnungen (§ 18). Abschließend folgt ein Überblick über sonstige Verfahrensfragen (§ 19).

§ 17) Die Rechtsbehelfsbelehrung im Schulverhältnis

I. Allgemeine Vorschriften über die Rechtsbehelfsbelehrung

Gemäß § 58 Abs. I VwGO beginnt die Frist für ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf nur zu laufen, wenn der Beteiligte über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist schriftlich belehrt worden ist. Ist die Belehrung unterblieben oder unrichtig erteilt, so ist die Einlegung des Rechtsbehelfs nur innerhalb eines Jahres nach Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zulässig, § 58 Abs. II VwGO.

Die Rechtsbehelfsbelehrung ist also nur für den Fristenlauf von Bedeutung. Es besteht für die Verwaltungsbehörden keine allgemeine Pflicht, die von ihnen erlassenen Verwaltungsakte mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen. Lediglich für Bundesbehörden ist in § 59 VwGO vorgeschrieben, daß sie den von ihnen erlassenen schriftlichen Verwaltungsakten eine Rechtsbehelfsbelehrung beizufügen haben. Diese Vorschrift kann für schulische Verwaltungsakte nicht angewendet werden, da die Schulen in der Bundesrepublik von den Ländern oder Gemeinden betrieben werden.

II. Keine Rechtsbehelfsbelehrung beim Erlaß schulischer Verwaltungsakte.

Da eine allgemeine Pflicht zur Erteilung einer Rechtsbehelfsbelehrung ohnehin fehlt, sollte es für das Schulverhältnis selbstverständlich sein, daß die Verwaltungsakte ohne Rechtsbehelfsbelehrung erlassen werden ¹⁾

Zu einer wirksamen Schulerziehung gehört die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Schule und Eltern einerseits, ein festes Autoritätsverhältnis zwischen Schule und Schülern andererseits. Beides wäre nicht mehr gewährleistet, wenn die Schule jeder ihrer oftmals so geringfügigen, gleichwohl aber häufig als Verwaltungsakte zu qualifizierenden Maßnahmen eine Rechtsbehelfsbelehrung beifügen würde. Gewiß ist die Schule im System des Verwaltungsrechtes nur als Teilgebiet öffentlicher Verwaltung anzusehen; aber in der Praxis wäre dem empfindlichen Gebiet der Erziehungsarbeit nichts so schädlich, als wenn ständig betont würde, daß hier in den starren Formen der Bürokratie "verwaltet" werde und daß die Erziehung durch den Staat zum großen Teil im Erlaß von Verwaltungsakten bestehe. Die Schule wäre in vielen Fällen der Lächerlichkeit preisgegeben. Mit dem ständigen Hinweis darauf, daß eine Fülle von schulischen Maßnahmen vor die Gerichte gebracht werden könnten, würde außerdem ganz bewußt ein Abstand zwischen Schule und Elternhaus aufrecht erhalten. Immer wieder erschiene die Schule

¹⁾ Heckel, Schulrechtskunde, S. 342

nicht in erster Linie als Partnerin in der Erziehungsarbeit, sondern als potentielle Gegenerin in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Im Interesse einer wirksamen Schulerziehung muß die Tatsache, daß die Schule auch eine Verwaltungsbehörde ist, die Verwaltungsakte erlassen kann, möglichst im Hintergrund bleiben. Die verwaltungsrechtlichen Begriffe müssen sozusagen nur "für alle Fälle" bereitstehen, damit die Schulbenutzer ohne verfahrensrechtliche Schwierigkeiten dann zu ihrem Recht kommen können, wenn Rechtsverletzungen durch die Schulgewalt in Frage kommen. Insoweit genügt aber für die Schulbenutzer ein allgemeiner Hinweis auf die verwaltungsrechtliche Natur der Schule. Eltern und Schüler müssen nur grundsätzlich Bescheid darüber wissen, daß schulische Maßnahmen Verwaltungsakte sein können, gegen die der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Diese allgemeine Kenntnis können sie auf Elternversammlungen oder durch die Schulordnungen erlangen.¹⁾

Rechtsbehelfsbelehrungen im Einzelfall werden allenfalls dort angebracht sein, wo das Schulverhältnis als Vertrauens- und Autoritätsverhältnis noch gar nicht begonnen hat - (Versagung der Aufnahme in eine Schule) -, oder wo es gegen den Willen der Schulbenutzer beendet wird - (Verweisung von der Schule) - in allen andern Fällen würde eine Rechtsbehelfsbelehrung der Schulerziehung schaden. Abgesehen davon wird es in vielen Fällen den juristisch nicht ausgebildeten Lehrern ohnehin nicht leicht fallen zu entscheiden, welche ihrer Entscheidungen nun eigentlich Verwaltungsakte sind und welche nicht. Eine Rechtsbehelfsbelehrung im Schulverhältnis würde damit sogar vielfach schon aus praktischen Gründen nicht möglich sein.

Mit dem Verzicht auf Rechtsmittelbelehrung wird allerdings in Kauf genommen, daß gegen schulische Verwaltungsakte Widerspruch und Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ein Jahr lang zulässig sind, § 58 Abs. II VwGO. Diese Fristverlängerung wird jedoch für die Betriebsverwaltungsakte ohne Bedeutung sein, da diese in der Regel sofort vollzogen werden und den Betroffenen nicht für die Zukunft beschweren.²⁾ Gegen Rechtsverletzungen im laufenden Schulbetrieb können deshalb ohnehin in erster Linie nur Eilmaßnahmen - (Anordnung der aufschiebenden Wirkung, einstweilige Anordnung³⁾) - ergriffen werden. Bei Grundverwaltungsakten - (z. B. Ausschuß von der Schule) - könnte die Fristverlängerung ohne Schaden für den Schulbetrieb hingenommen werden.⁴⁾

1) Auch Reuter, Verwaltungsakte der Schulen, in BayVBl. 1958, S. 16/17, sieht in der Aushändigung der Schulordnung die richtige Form einer allgemeinen Rechtsbehelfsbelehrung; vgl. dazu auch Heckel, Schulrechtskunde, S. 277

2) Siehe oben S. 86/87

3) Siehe unten § 18

4) Zu der Frage der Rechtsbehelfsbelehrung im Schulverhältnis insbesondere Reuter, aaO

§ 18) Aufschiebende Wirkung und Einstweilige Anordnungen

I. Aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte aus dem Schulverhältnis.

1.) Wer behauptet, durch einen schulischen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt worden zu sein, kann versuchen, im verwaltungsinternen Widerspruchsverfahren oder im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsverfahren die Aufhebung dieses Verwaltungsaktes zu erreichen. Ein Problem erwächst dabei aus der Bestimmung des § 80 VwGO, nach der Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben. Wenn nämlich schon die bloße Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung eine recht empfindliche, wenn auch unvermeidliche Störung des Schulbetriebes mit sich bringen kann, so käme die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe in Schulsachen praktisch einer Lähmung des Schulbetriebes gleich. Selbst offensichtlich unbegründete Widersprüche und Klagen hätten zunächst zumindest den Erfolg, daß eine schulische Maßnahme nicht vollzogen werden könnte. Bedenkt man dabei, daß viele der pädagogischen Maßnahmen zwar im Augenblick sinnvoll sein können, einige Wochen oder Monate später aber erzieherisch völlig unangebracht sind, dann wäre mit dem vorübergehenden Aufschub praktisch oft schon erreicht, daß die gerügte Maßnahme auch für die Zukunft entfallen würde. Eine derartig massive Störung des Schulbetriebes kann von der Rechtsordnung selbst angesichts der Garantie eines umfassenden Verwaltungsrechtsschutzes nicht gewollt sein.

2.) Dennoch ist es kaum möglich, für dieses mehr gefühlsmäßig gegriffene Ergebnis, daß Widerspruch und Anfechtungsklage im Schulverhältnis grundsätzlich ohne aufschiebende Wirkung sein müssen, im positiven Recht eine Grundlage zu finden. Zwar sieht § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO ein Entfallen der aufschiebenden Wirkung in den Fällen vor, in denen die Vollziehung im öffentlichen Interesse von der erlassenden Behörde oder von der Widerspruchsbehörde besonders angeordnet wird. Man könnte dann auch sicherlich weiter argumentieren, daß die Aufrechterhaltung eines reibungslosen Schulbetriebes im öffentlichen Interesse liegt, und daß der jeweils vorgenommene sofortige Vollzug eben die besondere Anordnung des sofortigen Vollzuges bereits mit umschließe. Hier ergeben sich aber Schwierigkeiten aus § 80 Abs. III S. 1 VwGO: Die Schule müßte das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes jeweils schriftlich begründen. Von dieser Pflicht wäre sie gemäß § 80 Abs. III S. 2 VwGO nur dann entbunden, wenn sie die betreffende Maßnahme vorsorglich als eine Notstandsmaßnahme im öffentlichen Interesse getroffen hätte. Schon die im Gesetz genannten Voraussetzungen für derartige Notstandsmaßnahmen - (Gefahr im Verzug, insbesondere drohende

Nachteile für Leben, Gesundheit und Eigentum) - lassen aber erkennen, daß die alltäglichen Schulmaßnahmen sicherlich nicht dahin zu rechnen sind. Damit hätte es also mit der Pflicht zur jeweiligen schriftlichen Begründung sein Bewenden; ein Ergebnis, das zu einer womöglich noch stärkeren und empfindlicheren Hemmung des Schulbetriebes führen könnte, als die damit vermiedene aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels. Wegen der Verknüpfung mit § 80 Abs. III S. 1 VwGO ist § 80 Abs. II Nr. 4 VwGO also nicht geeignet, den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage im Schulverhältnis in praktikabler Weise zu begründen.

3.) Vielleicht ist es möglich, diese Begründung in § 80 Abs. II Nr. 3 VwGO zu finden, wonach die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage in den durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen entfällt.

a) Nun fehlt zwar im Bundesrecht eine Bestimmung, die sich ausdrücklich mit der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage im Schulverhältnis befaßt. Aber vielleicht kann man hier auf einen allgemeinen Gedanken zurückgreifen, der schon im Zusammenhang mit der Frage nach den Rechtsbeschränkungen im Schulverhältnis von Bedeutung war:¹⁾ Im Bundesrecht, und zwar im Grundgesetz selbst, findet sich die rechtliche Grundlage für jede staatliche Schulerziehung. Aus dem staatlichen Überwachungsrecht über die elterliche Erziehung läßt sich die Zulässigkeit der Schulpflicht begründen, und Art. 7 Abs. I GG überträgt dem Staat die Aufsicht über das gesamte Schulwesen. Innerhalb eines bestimmten Rahmens ist staatliche Schulerziehung also verfassungsgemäß. Aus der Tatsache, daß staatliche Schulerziehung verfassungsgemäß ist, ergibt sich die materiell-rechtliche Folge, daß die Rechte und sogar die Grundrechte den Schulbenutzern nur in einem Umfang gewährleistet sind, der mit einer wirksamen staatlichen Schulerziehung vereinbar ist.²⁾ Denn die einzelnen Verfassungsbestimmungen müssen in ihrer Gesamtheit gesehen werden und dürfen nicht so ausgelegt werden, daß die eine Bestimmung zur andern in Widerspruch gerät.

Wenn sogar die Grundrechte nur in einer Weise ausgelegt werden dürfen, daß eine verfassungsmäßige Schulerziehung ordnungsgemäß durchgeführt werden kann, dann wird man auch eine Auslegung verfahrensrechtlicher Normen dergestalt vornehmen können, daß daneben Platz für eine wirksame Schulerziehung bleibt. Das Bundesrecht beauftragt im Grundgesetz den Staat, Schulerziehung durchzuführen. Damit meint es eine Schulerziehung, die praktisch durchführbar sein muß und nicht durch prozessuale Institute lahmgelegt werden kann. Für den konkreten Fall eines Widerspruches zwischen der Einrich-

1) Siehe oben S. 118 ff

2) Siehe oben S. 122

tung staatlicher Schulerziehung einerseits und der prozessualen Einrichtung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln andererseits führt die Auslegung der bundesgesetzlichen Ermächtigung zur Durchführung staatlicher Schulerziehung zu dem Ergebnis, daß das Grundgesetz eine staatliche Schulerziehung meint, die nicht durch das Prozeßinstitut der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gehemmt werden darf. Das Grundgesetz geht von einer Schulerziehung aus, die funktionieren kann und nicht dauernden Eingriffen von außen ausgesetzt ist. Damit liegt schon im Begriff verfassungsgemäßer Schulerziehung der generelle Ausschluß der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte aus dem Schulverhältnis. ¹⁾

b) Gemäß § 80 Abs. IV und V VwGO kann jedoch auch in den Fällen, in denen die aufschiebende Wirkung grundsätzlich ausgeschlossen ist, die Vollziehung eines angegriffenen Verwaltungsaktes ausgesetzt bzw. die aufschiebende Wirkung angeordnet werden, und zwar entweder von der Widerspruchsbehörde (§ 80 Abs. IV), oder vom Verwaltungsgericht (§ 80 Abs. V VwGO). Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Verwaltungsgericht kann schon vor Erhebung der Anfechtungsklage erfolgen (§ 80 Abs. V), in dringenden Fällen sogar durch Entscheidung des Vorsitzenden allein (§ 80 Abs. VII). Diese Möglichkeit einer rasch herbeizuführenden Anordnung der aufschiebenden Wirkung kann bei Angriffen gegen Verwaltungsakte aus dem Schulverhältnis oft die einzige Gelegenheit sein, um wirklich Rechtsschutz zu erhalten. Denn mit dem Vollzug eines Verwaltungsaktes des laufenden Betriebes entfällt in der Regel eine Beschwer für die Zukunft, so daß eine nachträgliche Anfechtungsklage schon mangels Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen ist, falls nicht eine Wiederholungsgefahr dargetan werden kann. ²⁾ Mit der Entscheidung darüber, ob ein Rechtsmittel im konkreten Fall aufschiebende Wirkung haben soll oder nicht, fällt damit in vielen Fällen zugleich die Entscheidung, ob ein nachträglich eingelegtes Rechtsmittel und insbesondere eine nachträglich erhobene Anfechtungsklage überhaupt zulässig sein wird.

1) In ähnlichem Sinn ist wohl auch ein Gedanke von Lerche, Wehrrecht und Verwaltungsgenichtsbarkkeit, in DVBl. 1954, S. 626-632/S. 630, zu verstehen. Noch vor Erlaß der Wehrbeschwerdeordnung führt er dort aus: "Daß die Klagen hier - (scil. aus dem Wehrverhältnis) - grundsätzlich nicht aufschiebende Wirkung haben können, wird man selbst bei Fehlen einer Sonderregelung schon durch Sinnertorschung des geltenden Rechts begründen können." Wenn man davon ausgeht, daß die Rechtsordnung eine Wehrmacht vorsieht, die ihre Aufgaben wirksam erfüllen kann, dann kann damit nur eine Wehrmacht gemeint sein, in der es das Prozeßinstitut der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich nicht gibt. Durch § 3 Abs. I der Wehrbeschwerdeordnung v. 23. 12. 1956 - BGBl. I S. 1066 - wurde dies nun ausdrücklich klargestellt.

2) Siehe oben S. 86/87

Die Erwägungen, die vor der Entscheidung über die aufschiebende Wirkung im Einzelfall anzustellen sind, werden sich deshalb in erster Linie am Rechtsschutzinteresse des Schulbenutzers zu orientieren haben.

Es werden also schon an dieser Stelle die gleichen Überlegungen zu treffen sein, die im Anfechtungsprozeß für die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis entscheidend sind.¹⁾ Die aufschiebende Wirkung wird nicht angeordnet, wenn im Einzelfall das Interesse der Schule an der Aufrechterhaltung und Vollziehung der angegriffenen Maßnahme höher zu bewerten ist als das Interesse des Schulbenutzers an der Beseitigung dieser Maßnahme. Das Interesse des Schulbenutzers ist dann höher einzuschätzen als das Interesse in der Schule, wenn die angegriffene Maßnahme mit dem laufenden Schulbetrieb nicht viel zu tun hat. Das wird in der Regel bei den Verwaltungsakten der Fall sein, die das "Grundverhältnis" betreffen, also z. B. bei der Verweisung eines Schülers von der Schule. Hier kommt es jeweils auf die Umstände des Einzelfalls an, ob die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht doch den Interessen des Schulbetriebes zuwiderläuft.

Das Interesse des Schulbenutzers an der Beseitigung einer Schulmaßnahme ist ferner dann höher zu bewerten als das Interesse der Schule an der Aufrechterhaltung dieser Maßnahme, wenn durch diese Maßnahme "prima facie" Unrecht geschehen ist.²⁾ Verfassungsgemäße Schulerziehung darf nicht durch rechtswidrige Anordnungen betrieben werden. Wenn also eine summarische Überprüfung des Vorbringens der Schulbenutzer ergibt, daß durch den Vollzug der angegriffenen Maßnahme Unrecht zu geschehen droht, dann stellt die Anordnung der Aussetzung des Vollzuges bzw. der aufschiebenden Wirkung keine Störung eines verfassungsmäßigen Schulbetriebes dar. Durch diese Regelung: Grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung im Schulverhältnis - Ausnahmsweise Anordnung der aufschiebenden Wirkung im Einzelfall bei überwiegendem Interesse des Schulbenutzers, insbesondere bei drohendem Unrecht -, bleibt die ungestörte Durchführung eines verfassungsgemäßen Schulbetriebes gewährleistet. Der Schulbetrieb ist den Eingriffen von Seiten einiger Querulanten entzogen und muß nur dann Unterbrechungen hinnehmen, wenn es das Rechtsschutzinteresse einzelner Schulbenutzer dringend gebietet.³⁾

1) Siehe oben S. 82 ff

2) Siehe oben S. 85

3) Entsprechend ist die positivrechtliche Regelung für das Wehrverhältnis; § 3 Abs. I der Wehrbeschwerdeordnung schließt die aufschiebende Wirkung grundsätzlich aus, § 3 Abs. II sieht die Möglichkeit der Anordnung der Aussetzung der Vollziehung für den Einzelfall vor.

II. Einstweilige Anordnungen im Schulverhältnis

1.) Es gibt im Schulverhältnis einige typische Verwaltungsakte, bei denen die dadurch Betroffenen mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nichts erreichen können. Wenn die Schule entscheidet, daß ein Schüler nicht in eine bestimmte Schule aufzunehmen ist, daß er nicht in die nächsthöhere Klasse versetzt wird, daß er die Abschlußprüfung nicht bestanden hat, dann ist mit der Aussetzung der Vollziehung dieser Verwaltungsakte, ja selbst mit ihrer Aufhebung noch nichts gewonnen. Mit der Aufhebung des Nichtversetzungsbeschlusses ist der Schüler noch nicht in die nächsthöhere Klasse versetzt. Hierzu bedarf es erst eines erneuten Tätigwerdens der Lehrerkonferenz, die den begünstigenden Verwaltungsakt der Versetzung erläßt.¹⁾ Der Schüler begehrt also nicht nur die Aufhebung der negativen Verwaltungsakte, sondern auch die Verpflichtung der Schule zur Vornahme der entsprechenden positiven Verwaltungsakte (§ 113 Abs. IV VwGO). Im Aufschub der Vollziehung liegt aber nicht die Erlaubnis, sich so zu verhalten, als ob der begehrte begünstigende Verwaltungsakt bereits erlassen wäre.²⁾

Dennoch kann auch in diesen Fällen durch den Zeitablauf bis zur endgültigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung dem Schüler dadurch erheblicher Schaden entstehen, daß die Vornahme des begehrten Verwaltungsaktes zunächst noch nicht erfolgt. Wenn ein Schüler, der nicht versetzt wurde, zunächst in seiner alten Klasse bleiben muß, dann kann er mit einer Feststellung, daß der Nichtversetzungsbeschluß rechtswidrig war, nichts mehr erreichen, wenn diese Feststellung vielleicht erst zwei Jahre später erfolgt.³⁾ Denn wenn er nun unvermittelt die nächsthöhere Klasse besuchen darf, so wird er dort wohl mit Sicherheit den Anschluß nicht mehr erreichen und am Schuljahresende erneut, diesmal mit Recht, nicht versetzt werden.

2.) Als Gegenstück zum Prozeßinstitut der aufschiebenden Wirkung kann hier mit einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO Abhilfe geschaffen werden.

§ 123 Abs. I VwGO bestimmt:

"Auf Antrag kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr

1) So besonders der VGH Kassel, Beschluß v. 14. 10. 1958, - B II 66/58 -, in NJW 1959, S. 1940-1941

2) Vgl. dazu auch LVG Düsseldorf, Urteil vom 6. 5. 1957, 1 L 1262/57, in MDR 1957, S. 574/575, und Reuter, Verwaltungsakte der Schulen, in BayVBl. 1958, S. 16/17

3) Das BVerwG entschied z. B. mit Urteil vom 24. 4. 1959, - VII C 104.58 -, in BVerwGE Band 8, S. 272-276, - über die Rechtmäßigkeit eines Nichtversetzungsbeschlusses vom 22. 3. 1957

besteht, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragsstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint."

Für die Anwendung dieser Vorschriften auf Streitfälle aus dem Schulverhältnis ergeben sich keine Besonderheiten. Die einstweilige Anordnung ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Kontrollgewalt der Verwaltungsgerichte über die Schulen. Zusätzliche Behinderungen des Schulbetriebes bringt sie nicht mit sich. Sie gewährt formell und materiell den gleichen Rechtsschutz, den der Kläger auch im normalen Verwaltungsgerichtsverfahren finden würde. Der Unterschied zum normalen Verfahren besteht darin, daß die Entscheidung schneller erfolgt, dafür aber noch nicht endgültig verbindlich ist. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen und Nachprüfungsbeschränkungen sind aber dieselben wie im normalen verwaltungsgerichtlichen Verfahren in Schulsachen.

Für Streitigkeiten aus dem Schulverhältnis wird insbesondere § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO von Bedeutung sein: Einstweilige Anordnungen können einen vorläufigen Zustand in bezug auf das streitige Schulverhältnis regeln, um wesentliche Nachteile abzuwenden.

So ist es für zulässig gehalten worden, einem Schüler, der klageweise die Versetzung in die nächsthöhere Klasse begehrt, die vorläufige Teilnahme am Unterricht der nächsthoheren Klasse im Wege einer einstweiligen Anordnung zu gestatten.¹⁾

1) LVG Düsseldorf, Urt. v. 6. 5. 1957, - 1 L 1262/57 -, in MDR 1957, S. 574/575; ebenso VGH Kassel, Beschl. v. 14. 10. 1958, - B II 66/58 -, in NJW 1959, S. 1940 - 1941;

A. M. Reuter, Verwaltungsakte der Schulen, in BayVBl. 1958/S. 16/17 sowie OVG Münster Beschl. v. 22. 11. 1957, - V B 1141/57 -, in DÖV 1958/S. 468; Das OVG Münster hält die einstweilige Anordnung mit der die vorläufige Teilnahme am Unterricht der nächsthöheren Klasse gestattet wird, deshalb für unzulässig, weil dies nicht mehr nur eine einstweilige Regelung sei, sondern die Entscheidung über das streitige Recht selbst vorwegnehme. Der VGH Kassel, aaO, hält dieser Meinung des OVG Münster jedoch entgegen, daß das Klageziel mit der vorläufigen Erlaubnis der Teilnahme am Unterricht der nächsthoheren Klasse noch nicht erreicht sei, da diese Teilnahme von Anfang an von der endgültigen Entscheidung über den Versetzungsbeschluß abhängig ist. Der Schüler muß wieder ausscheiden, wenn seine Klage keinen Erfolg hat.

Bei der Feststellung, ob dem Schüler ohne eine einstweilige Anordnung "wesentliche Nachteile" drohen, sind ähnliche Erwägungen anzustellen wie bei der Entscheidung über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung.¹⁾ Die einstweilige Anordnung stellt prozessual nur eine Ergänzung des einstweiligen Rechtsschutzes dar, den das Institut der aufschiebenden Wirkung in den meisten verwaltungsgerichtlichen Streitfällen gewährt.²⁾

Deshalb sind auch vor Erlass einer einstweiligen Anordnung die Interessen der Schule an der ungestörten Durchführung des Schulbetriebes und die Interessen der Schulbenutzer an der angestrebten einstweiligen Regelung miteinander abzuwägen.³⁾ Dabei sind im Interesse des Rechtsschutzes wiederum in erster Linie die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Verpflichtungsklage zu berücksichtigen. Wenn eine summarische Überprüfung der Rechtslage ergibt, daß der Schulbenutzer mit hoher Wahrscheinlichkeit durch die Nichtvornahme des begehrten Verwaltungsaktes in seinen Rechten verletzt wird, dann ist dargetan, daß ihm ohne den Erlass einer einstweiligen Verfügung ein wesentlicher Nachteil droht. In diesem Sinne führt der VGH Kassel⁴⁾ in einem weiteren Leitsatz aus:

"Das Ausscheiden von leistungsschwachen Kindern aus einer Klasse liegt im öffentlichen Interesse. Das öffentliche Interesse ist allerdings dann nur gering zu bewerten, wenn im Einzelfall ausreichende Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß die Entscheidung der Klassenlehrerkonferenz von falschen oder unsachlichen Erwägungen ausgegangen ist und der Schüler seinem Leistungsstande nach offensichtlich geeignet gewesen wäre, dem Unterricht der höheren Klasse zu folgen."

Gerade wegen der oft beträchtlichen Dauer eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, das sich womöglich noch über mehrere Instanzen erstreckt, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung in den Fällen, wo der Kläger die Vornahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes begehrt, häufig die einzige Möglichkeit, um dem Kläger wirklich zu Rechtsschutz zu verhelfen. Denn durch die Erkenntnis, daß ein Nichtversetzungsbeschluß ein Verwaltungsakt ist, der unter Umständen vom Gericht aufgehoben werden kann, wäre für die Schulbenutzer nichts gewonnen, wenn ihre Rechtsverfolgung an praktischen Gegebenheiten - (hier der langen Dauer von verwaltungsgerichtlichen Verfahren) - scheitern müßte. Diese Kluft zwischen Theorie und Praxis kann durch das Institut der einstweiligen Anordnung überbrückt werden.

1) LVG Düsseldorf und VGH Kassel, aaO 2) VGH Kassel, aaO

3) LVG Düsseldorf und VGH Kassel, aaO; der VGH Kassel stellt als Leitsatz heraus: "In die streitigen Beziehungen zwischen Schule und Schüler kann durch eine einstweilige Anordnung nur eingegriffen werden, wenn nach Abwägung der beiderseitigen Interessen das persönliche Interesse des Schülers als gewichtiger angesehen werden muß als das öffentl. Interesse."

4) aaO

§ 19) Sonstige Verfahrensfragen

I. Klageabweisung durch Vorbescheid

Erweist sich eine Klage als unzulässig oder als offenbar unbegründet, so kann das Gericht diese Klage bereits vor Anberaumung einer mündlichen Verhandlung durch einen Vorbescheid mit Gründen abweisen, § 84 Abs. I VwGO.

Diese Bestimmung sollte gerade für Klagen aus dem Schulverhältnis bedeutungsvoll werden, wo leicht die Gefahr entstehen könnte, daß die Gerichte mit Bagatellsachen überhäuft werden. Ergibt bereits der Klagevortrag, daß dem Kläger offensichtlich das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, oder daß er, beim Angriff gegen einen Nichtversetzungsbeschluß, gar keine Ermessensfehler behauptet, sondern nur eine rein fachliche Notenüberprüfung begehrt, dann kann die Klage sofort durch Vorbescheid abgewiesen werden. Gegen diesen Vorbescheid kann zwar Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt werden, § 84 Abs. II VwGO, aber der Kläger wird ja bereits aus den Gründen des Vorbescheides ersehen können, wie sich das angegangene Gericht zu seinem Klagebegehren stellt. Er wird daraus in der Regel den Schluß ziehen können, daß seine Klage aussichtslos bleibt, solange keine neuen Tatsachen behauptet werden.

Die Möglichkeit einer Klageabweisung durch Vorbescheid ist für Schulrechtsfälle auch aus pädagogischen Gründen von Bedeutung. Bei jeder einzelnen Klage aus dem Schulverhältnis steht die Behauptung der staatlichen Schulautorität auf dem Spiel. Das muß dort hingenommen werden, wo es der Rechtsschutz von Schülern und Eltern gebietet. Kaum ein anderes Gebiet öffentlicher Verwaltung würde aber durch eine Aufbauschung solcher Fälle größeren Schaden nehmen als das empfindliche Gebiet der Schulerziehung, das auf das uneingeschränkte Vertrauen der Eltern und auf eine feste Autorität gegenüber den Schülern angewiesen ist. Eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht, die den Lehrer auf Seiten der beklagten und sich verteidigenden Partei, die Schüler jedoch unter Umständen als wichtige Zeugen sieht, kann der staatlichen Schulautorität sicher erheblichen Schaden zufügen. Deshalb sollte auf die mündliche Verhandlung verzichtet werden, wo immer das nur möglich ist, d. h. wo immer eine Klageabweisung durch Vorbescheid in Frage kommt.

II. "Beweislast" - Fragen

Nach § 86 Abs. I VwGO erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen, ohne an das Vorbringen oder die Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. "Beweisverteilungslasten" im zivilprozessualen Sinn kommen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren deshalb nicht in Betracht.¹⁾ Dennoch kann

1) Menges, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 747

sich ein der zivilprozessualen Beweislast ähnliches Problem ergeben, wenn am Schluß der mündlichen Verhandlung trotz aller Ermittlungen entscheidende Tatfragen ungeklärt geblieben sind. Nach umfangreichen Beweiserhebungen ist z. B. immer noch offengeblieben, ob der Schüler aus willkürlichen oder aus sachlichen Gründen nicht in die nächsthöhere Klasse versetzt wurde. Dennoch muß das Verwaltungsgericht auch in diesem Falle eines "non liquet" zu einer Sachentscheidung kommen.¹⁾

1.) Nach Lehre und Rechtsprechung gelten in derartigen Fällen im Verwaltungsgerichtsverfahren ähnliche Regeln wie im Zivilprozeß. Es gilt der Grundsatz: Bleibt eine Tatsache ungewiß, so kann sie nicht berücksichtigt werden; die Rechtsfolge trifft den, der sich, um zu obsiegen, auf die Tatsache berufen muß.²⁾ Der Anfechtungskläger trägt in diesem Sinne die "Beweislast" für die Tatsachen, aus denen sich die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes und die Rechtsbeeinträchtigung des Klägers ergibt.³⁾ Bleibt also das Vorliegen eines Ermessensfehlers ungewiß, so geht dies zu Lasten des Betroffenen.⁴⁾ Sind dagegen Anhaltspunkte für einen Ermessensfehler, z. B. das Abweichen von einer ständigen Übung, erwiesen, so geht es - entsprechend den zivilprozessualen Regeln zum prima-facie-Beweis - zu Lasten der Behörde, wenn sie diesen ersten Anschein eines Ermessensfehlers nicht ausräumen kann. Bei einer Verpflichtungsklage geht es zu Lasten des Klägers, wenn sich das Gericht nicht davon überzeugen kann, daß dem Kläger ein Recht auf den begünstigenden Verwaltungsakt zusteht.⁵⁾

2.) Zu einem anderen Ergebnis gelangt Menger,⁶⁾ wenn er ausführt: "... mit Recht verweist Tietgen (DVBl. 1956/682) .. auf die weitgehende Paralleltät der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage zur Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß nach § 664 ZPO, der bei einem "non liquet" nach einhelliger Ansicht in Judikatur und Literatur stattzugeben ist. (Tietgen, DVBl. 1957/86, 87). Man wird diesen Überlegungen eine Regel entnehmen können, daß auch in verwaltungsgerichtlichen Anfechtungssachen die Beweislast dann die beklagte Verwaltung trifft, wenn nicht ausnahmsweise besondere Umstände rechtlicher oder tatsächlicher Art eine andere Verteilung rechtfertigen. Ein anderes Ergebnis wäre allerdings geboten, wenn es tatsächlich eine "Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit" aller

1) Menger, aaO

2) Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 86, Anm. I, 4, a, cc, S. 414

3) Bettermann, in DVBl. 1957, S. 84, zit. bei Menger, aaO

4) Eyermann-Fröhler, aaO, Anm. I, 4, a, bb, S. 413/414

5) Eyermann-Fröhler, aaO, Anm. I, 4, a, aa, S. 413

6) aaO, S. 748

Verwaltungsakte im deutschen Verwaltungsrecht gäbe; als für die Beweislast erhebliche Vermutung im Rechtssinne gibt es etwas Derartiges jedoch nicht."

Es erscheint jedoch fraglich, ob man in Bezug auf die "Beweislastverteilung" die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage und die Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß in Parallelität setzen kann. Der Entmündigungsbeschluß ist wohl einer der einschneidendsten Staatsakte, die einen Bürger treffen können, folgenschwerer vielleicht noch als die strafrechtliche Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe. Für die Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß unterliegt es daher keinen Bedenken, wenn man den strafrechtlichen Grundsatz "in dubio pro reo" entsprechend anwendet. Sobald nur der kleinste Zweifel bleibt, ob jemand zu Recht entmündigt wurde, muß der Entmündigungsbeschluß, der ein ganzes Leben zerstören kann, aufgehoben werden.

Anders ist es bei den Verwaltungsakten der laufenden Verwaltung und insbesondere bei den Verwaltungsakten aus dem Schulverhältnis. Es ist schon in anderen Zusammenhängen - (Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis; Problem der aufschiebenden Wirkung) - dargetan worden, daß bei jedem Verwaltungsakt aus dem Schulverhältnis ein öffentliches Interesse daran besteht, daß er als Teil des Gesamtkomplexes staatlicher Schulerziehung erhalten bleibt. Der Entmündigungsbeschluß trifft den Einzelnen als einschneidende Einzelmaßnahme, während jeder schulische Verwaltungsakt sozusagen nur als Steinchen im großen Gebäude der staatlichen Schulerziehung aufzufassen ist; jeder Eingriff, der ein solches Steinchen herausbricht, kann das ganze Gebäude - je nach Intensität - ein bißchen ins Wanken bringen. Sicher ist es, - um nun einmal bei diesem Bild zu bleiben -, für das Gesamtbauwerk von Vorteil, wenn schlechte Steine - (das sind die rechtswidrigen Verwaltungsakte) - durch gute ersetzt werden. Aber da solche Ausbesserungsarbeiten eben doch eine dauernde Beeinträchtigung des Gebäudes darstellen, sollten sie nur dort vorgenommen werden, wo sie wirklich nötig sind. Schon die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes - so geboten sie im Interesse eines umfassenden Rechtsschutzes auch sein mag - kann die staatliche Schulautorität schwächen. Deshalb sollte das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung schulischer Verwaltungsakte auf jeden Fall dort überwiegen, wo lediglich Zweifel daran bestehen, ob ein angefochtener Verwaltungsakt rechtmäßig ist. Auch die "Beweislastverteilung" in Schulrechtsprozessen muß sich an dem Rechtsgut einer funktionierenden staatlichen Schulerziehung orientieren. Die Entscheidung muß also im Zweifel zugunsten der Schule ausfallen.

III. Inhalt und Wirkung des Urteils

1.) Der Inhalt des verwaltungsgerichtlichen Urteils ergibt sich auch in Schulrechtsfällen aus der allgemeinen Bestimmung des § 113 VwGO.

Wenn festgestellt worden ist, daß der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger durch ihn in seinen Rechten verletzt ist, dann hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf, § 113 Abs. I S. 1 VwGO. Ist der Verwaltungsakt schon vollzogen, - (der Schüler wurde trotz Erhebung der Anfechtungsklage zunächst von der Schule verwiesen), - so kann das Gericht auf Antrag auch aussprechen, daß und wie die Schule die Vollziehung rückgängig zu machen hat, § 113 Abs. I S. 2 VwGO. Hat sich der Verwaltungsakt vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt, - (die Schule hat dem Schüler freiwillig wieder den weiteren Besuch der Schule gestattet)-, so spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat, § 113 Abs. I S. 4 VwGO.

Für den Inhalt des Urteils bei Verpflichtungsklagen, - (insbesondere also bei Klagen auf Aufnahme in eine Schule und bei Klagen auf Vornahme der zunächst versagten Versetzung) - ist § 113 Abs. IV maßgebend.

Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Schule aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist, § 113 Abs. IV S. 1 VwGO. Andernfalls spricht es die Verpflichtung aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden, § 113 Abs. IV S. 2 VwGO. Wenn das Gericht z. B. nur festgestellt hat, daß der Nichtversetzungsbeschluß offensichtlich nicht sachlich, sondern willkürlich begründet wurde, dann kann es noch nicht die Verpflichtung zur Vornahme der Versetzung aussprechen, sondern nur die Verpflichtung, einen Versetzungsbeschluß zu erlassen, der sachlich begründet ist.¹⁾ Dabei ist es möglich, daß der neue, nunmehr sachlich begründete Versetzungsbeschluß dem Schüler ebenfalls das Vorrücken in die nächsthöhere Klasse versagt.

2.) Die Frage, welche Wirkung ein verwaltungsgerichtliches Urteil in Schulrechtssachen in der Praxis entfalten kann, wird problematisch, wenn zwischen dem Vollzug des angefochtenen Verwaltungsaktes oder der Ablehnung des begehrten begünstigenden Verwaltungsaktes und dem Erlaß des verwaltungsge-

1) So verpflichtet das Urteil des VG Kassel vom 15. 3. 1956, -II 9/56 -, in DÖV 1956, S. 636 ff, auf die Klage eines nichtversetzten Schülers das beklagte Land lediglich dazu, den Direktor der betreffenden Schule anzuweisen, einen neuen Versetzungsbeschluß der Klassenkonferenz herbeizuführen.

richtlichen Urteils ein beträchtlicher zeitlicher Zwischenraum liegt.¹⁾

a) Wenn der Verwaltungsakt der Schulverweisung als rechtswidrig aufgehoben wird, so darf der von der Schule verwiesene Schüler die Schule wieder besuchen. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch, der jedem zusteht, der durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt wurde.²⁾ Bettermann³⁾ formuliert diesen Folgenbeseitigungsanspruch:

"Wenn der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt in deren Ausübung jemanden widerrechtlich beeinträchtigt, so hat er die Beeinträchtigung zu beseitigen und weitere Beeinträchtigungen zu unterlassen. Zur Beseitigung gehört die Wiederherstellung des vor der Beeinträchtigung bestehenden Zustandes, soweit sie möglich ist."

Menger⁴⁾ stützt den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch auf eine "materielle öffentlich-rechtliche Grundnorm" "ungeschriebenen Rechts", inhalts deren "der Staat oder ein anderer Hoheitsträger, der durch einen Organwalter in Ausübung öffentlicher Amtstätigkeit jemanden in seiner Rechtsstellung widerrechtlich beeinträchtigt, den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn die Beeinträchtigung nicht eingetreten wäre."

Von dem Bestehen dieses Folgenbeseitigungsanspruches geht auch § 113 Abs. I S. 2 VwGO aus, der bestimmt, daß das Gericht nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes auf Antrag auch aussprechen kann, daß und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat.

Nun mögen aber seit dem Vollzug der Verweisung von der Schule bis zum verwaltungsgerichtlichen Urteil zwei Jahre vergangen sein. Wenn der Schüler z. B. aus der dritten Klasse verwiesen worden war und zwei Jahre lang

1) Siehe dazu das oben S. 175 Anm. 3 aufgeführte Beispiel

2) Der näheren Begründung dieses Folgenbeseitigungsanspruches in der Literatur soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Vgl. hierzu insbesondere: Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, zugleich eine Untersuchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, Tübingen 1951;

Bettermann, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, in DÖV 1955, S. 528 - 536; ders., Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit; (hier wird der materiellrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch unmittelbar aus Art. 19 Abs. IV GG hergeleitet;)

Menger, Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in Gedächtnisschrift für Jellinek S. 347 - 359

3) in DÖV 1955, S. 536

4) aaO S. 350

nicht weiter unterrichtet wurde, so kann ihm nach Aufhebung des Verweisungsbeschlusses nur der Wiedereintritt in die dritte Klasse gestattet werden. Eine volle Beseitigung der Beeinträchtigung in der Weise, daß dem Schüler der Besuch der 5. Klasse gestattet wird, weil er diese ohne die zwischenzeitliche Schulverweisung zum gegenwärtigen Zeitpunkt besuchen würde, ist nicht möglich; denn einmal würde der Schüler in der 5. Klasse seinem Leistungsstande nach die andern Schüler empfindlich hemmen, was im Interesse einer ordnungsgemäßen allgemeinen Schulerziehung nicht hingenommen werden kann, und zum andern wäre dem Schüler mit der Erlaubnis zum Besuch der 5. Klasse selbst nicht viel gedient, da er mit großer Wahrscheinlichkeit am Schuljahresende nicht versetzt werden könnte. Der Schüler hat also trotz seines Obsiegens im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Ergebnis zwei Jahre verloren.

b) Dieses gefühlsmäßig "ungerechte" Ergebnis läßt sich auf Grund der praktischen Gegebenheiten, hier der langen Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren, nicht vermeiden. 1) War der Verweisungsbeschluß von der Schule nicht nur rechtswidrig, sondern beruhte er auf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung der handelnden Lehrer, dann kann der Schüler im Amtshaftungsprozeß statt der unmöglichen Naturalrestitution für den erlittenen Zeitverlust wenigstens Schadensersatz in Geld verlangen, § 839 BGB / Art. 34 GG / §§ 249/251 BGB. 2) Eine genaue Bewertung des entstandenen Schadens wird zwar in der Regel unmöglich sein, doch können die Gerichte, - zumindest in Einzelfällen -, mit der Festsetzung eines im Wege der freien Schadensschätzung nach § 287 ZPO ermittelten Schadenersatzbetrages einige Härten ausgleichen.

Wenn der Nachweis eines Verschuldens auf Seiten der Lehrer aber mißlingt, dann bleibt es bei der Regel, daß bei nur rechtswidrigen Beeinträchtigungen kein Geldersatz zu leisten ist, soweit die Beseitigung der Beeinträchtigung nicht möglich ist. Der Folgenbeseitigungsanspruch ist als öffentlichrechtliches Gegenstück zum zivilrechtlichen quasinegatorischen Wiederherstellungsanspruch³⁾ aufzufassen,⁴⁾ der grundsätzlich nicht auf Schadensersatz gerichtet ist. Der zivilrechtliche Unterschied: Bei Verschulden des Störers Schadenersatz - bei nur rechtswidrigem Handeln des Störers lediglich Anspruch auf

1) Mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung können zwar die Nachteile des Zeitablaufs im Einzelfall abgewendet werden, da der Schüler dann ja während des ganzen Verfahrens die Schule ohnehin weiter besuchen kann. Nicht immer wird jedoch einem aufhebenden Verwaltungsgerichtsurteil eine solche Anordnung vorausgegangen sein; vgl. oben S. 174 f;

2) Siehe dazu schon oben S. 13 - 17

3) hergeleitet aus den §§ 12 / 862 / 1004 BGB

4) So z. B. Bettermann, in DÖV 1955, S. 535

eine mögliche Beseitigung der Beeinträchtigung - ist auch für das öffentliche Recht maßgebend.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt im öffentlichen Recht lediglich der Anspruch auf Entschädigung im Anschluß an "enteignungsgleiche Eingriffe" dar.¹⁾ Hiernach kann der einzelne nach den für die Enteignungsschädigung geltenden Grundsätzen auch dann Entschädigung verlangen, wenn er in seinem Vermögen durch einen rechtswidrig schuldlosen Eingriff "von hoher Hand" geschädigt worden ist.²⁾ Dabei wird die Entschädigung durch Geld die Regel sein.

Mit einer sehr weiten Auslegung des Begriffs des enteignungsgleichen Eingriffs könnte also auch im Schulverhältnis in den genannten Fällen allenfalls Abhilfe geschaffen werden. Die Zeit, die ein Schüler durch rechtswidrige Eingriffe der Schulgewalt verliert, müßte dabei als "Vermögen" des Schülers aufgefaßt werden. Es erscheint wohl sehr zweifelhaft, ob die Rechtsentwicklung zu dieser weiten Auslegung des Vermögensbegriffes führen wird. Gerade der Zeitverlust, den ein Schüler erleidet, ist vermögensrechtlich sehr schwer zu bewerten. Dem Schüler wird ja kein konkreter Verdienst genommen, sondern nur die Erwartung, zu einem bestimmten Zeitpunkt die Schule verlassen zu können. Dabei lassen sich ohne weiteres Fälle denken, wo es für den Schüler vermögensrechtlich sogar von Vorteil sein kann, daß er die Schule zwei Jahre später als vorgesehen verläßt.³⁾ Die allgemeine Behauptung, daß Zeitverlust durch Schulmaßnahmen als Eingriff in das Vermögen des Schülers aufzufassen ist, wird sich also wohl kaum aufstellen lassen. Damit bleibt es bei dem Ergebnis, daß nicht jedes verwaltungsgerichtliche Urteil, das einen schulischen Verwaltungsakt aufhebt, die Grundlage zu einer vollständigen Folgenbeseitigung bietet.

c) Entsprechendes gilt für die Fälle, wo zwischen der Nichtvornahme des begehrten Verwaltungsaktes und einem verwaltungsgerichtlichen Urteil, das die Schule zur Vornahme dieses Verwaltungsaktes verpflichtet, ein erheblicher Zeitraum liegt. Wenn einem Schüler, dem die Aufnahme in eine bestimmte Schule zunächst nicht bewilligt worden war, auf Grund eines verwaltungsgerichtlichen Urteils der Besuch dieser Schule nach zwei Jahren doch gestattet werden muß, dann kann nur ein Besuch der ersten Schulklas-

1) Dazu Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 294 ff und Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 140 f., jeweils mit weiteren Nachweisen auf die Rechtsprechung des BGH

2) Maunz, aaO S. 140

3) Man stelle sich etwa den Fall vor, daß der Schüler bei einer Schulentlassung im Jahre 1964 einen Beruf gewählt hätte, der durch irgendwelche Umstände im Jahre 1965 nicht mehr gefragt ist. Dabei könnten dem Schüler - z. B. wegen vorherigen Investitionen - hohe Verluste entstehen. Alle diese Verluste blieben vermieden, wenn der Schüler die Schule erst 1966 verläßt.

se, und nicht - wie es dem Zeitablauf eigentlich entsprechen würde - ein Besuch der dritten Klasse in Frage kommen.

Im Wege eines Amtshaftungsprozesses - (die Versagung der Aufnahme als **Amtspflichtverletzung**) - könnte zwar bei Nachweis eines Verschuldens Schadensersatz für den erlittenen Zeitverlust begehrt werden; die Schwierigkeit einer auch nur ungefähren Schadensberechnung ergeben sich aus den oben dargelegten Gründen¹⁾ aber auch hier. Ein Folgenbeseitigungsanspruch scheidet - außer wegen der auch oben schon dargelegten Gründe - deshalb aus, weil in den Fällen der Verpflichtungsklage gar keine Verurteilung zur Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes erfolgt.²⁾ Für die Verpflichtungsklage ist es unwesentlich, ob die Nichtvornahme des beantragten Verwaltungsaktes auf einem Verwaltungsakt der Ablehnung oder auf dem einfachen Untätigbleiben der Behörde beruht.³⁾ § 113 Abs. V sieht im Falle eines Verpflichtungsurteils nicht die vorherige Aufhebung eines allenfalls vorausgegangenen ablehnenden Verwaltungsaktes vor. An dieser Aufhebung hätte der Kläger auch gar kein Rechtsschutzinteresse, wenn er auch ohne diese Aufhebung erreichen kann, daß die Behörde imgewünschten Sinne tätig werden muß.

Der Verwaltungsakt der Ablehnung eines beantragten begünstigenden Verwaltungsaktes kann für verwaltungsgerichtliche Klagen aus dem Schulverhältnis jedoch dort von Bedeutung werden, wo die Ablehnung zwar rechtswidrig war, eine Verpflichtung zur Vornahme des beantragten Verwaltungsaktes aber wegen des Zeitablaufs nicht mehr in Frage kommt. Wenn ein Schüler nicht in die nächsthöhere Klasse versetzt wurde und das Verwaltungsgericht ihm auch nicht im Wege einer einstweiligen Anordnung den Besuch der höheren Klasse vorübergehend gestattet hat, dann kommt eine Verpflichtung der Schule, dem Schüler nach zwei Jahren doch den Besuch der nächsthöheren Klasse zu erlauben, nicht mehr in Frage. Denn in der Regel wird der Schüler, der z. B. zu Unrecht nicht von der 3. in die 4. Klasse versetzt wurde, seine Mitschüler jedenfalls dann empfindlich hemmen, wenn er nach zwei Jahren unvermittelt nach Abschluß der 5. Klasse in die 7. Klasse vorrücken darf. In diesen Fällen hat der Schüler, der durch einen rechtswidrigen Nichtversetzungsbeschluß und durch die lange Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Schule ein Jahr länger besuchen muß, regelmäßig ein rechtliches Interesse daran, daß durch Urteil die Rechtswidrigkeit der Ablehnung der Versetzung festgestellt werde.⁴⁾ Auf Grund dieser Feststellung wird die Schule verpflichtet sein, die Voraussetzungen für

1) Siehe oben S. 13 - 17 / 183

2) Vgl. dazu Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 89/90

3) Ule, aaO S. 89

4) So das VG Kassel im Urteil vom 15. 3. 1956, - II 9/56, in DÖV 1956, S. 636 ff/S. 639

die Möglichkeit des Überspringens einer Schulklasse bei dem betreffenden Schüler weniger streng zu prüfen als bei andern Schülern. Außerdem kann diese Feststellung dann von Bedeutung sein, wenn im Rechtsverkehr bestimmte Altersgrenzen eine Rolle spielen und der Schüler in die Lage versetzt wird zu beweisen, daß er nur wegen einer rechtswidrigen Nichtversetzung die bestimmte Altersgrenze um ein Jahr überschreite. Das VG Kassel¹⁾ sieht das rechtliche Interesse an der Feststellung schon darin, daß der Schüler damit von dem "Makel", sitzengeblieben zu sein, befreit werde.

Die Rechtsnachteile durch den Zeitablauf werden im Schulverhältnis auf jeden Fall am wirksamsten durch die vorläufigen Maßnahmen der Anordnung der aufschiebenden Wirkung oder einer einstweiligen Anordnung vermieden. Teilweise unvermeidbar sind sie lediglich dort, wo die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage zunächst zu gering erscheinen, als daß eine dieser vorläufigen Maßnahmen angesichts des öffentlichen Interesses an einem ungestörten Schulbetrieb erlassen werden könnte, und wo sich erst nach eingehenden Ermittlungen die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Schulmaßnahme feststellen läßt. In diesen - wahrscheinlich nicht allzu häufigen Fällen, - scheitert ein lückenloser Rechtsschutz an den tatsächlichen Gegebenheiten.

1) aaO

§ 20) Schlußbemerkung

Die Bedeutung der Zuordnung schulischer Maßnahmen zu den allgemeinen Begriffen des materiellen und formellen Verwaltungsrechts darf nicht überbewertet werden. Es soll vor allen Dingen nicht der Eindruck entstehen, als ob damit der Versuch gemacht würde, das lebensvolle Gebiet der Jugend-erziehung mit den abstrakten Begriffsprägungen der Rechtswissenschaft abschließend zu charakterisieren. In den öffentlichen Schulen wird in erster Linie erzogen und unterrichtet, und zwar ausschließlich nach pädagogischen Grundsätzen, ohne ängstliche Seitenblicke nach dem "drohenden" Verwaltungsgericht. ¹⁾ Dennoch sollte das Bewußtsein, daß diese Schulerziehung im Gesamtsystem der staatlichen Betätigungsformen eben andererseits nur ein Teilgebiet öffentlicher Verwaltung ist, allmählich selbstverständlich werden. Pädagogik und Recht sind im Gebiet der Schulerziehung keine Gegensätze. Das Recht steckt den Rahmen ab, in dem der Staat sich auf dem Gebiete der Jugenderziehung pädagogisch betätigen darf. Pädagogische Maßnahmen innerhalb dieses Rahmens sind rechtmäßige Maßnahmen. Verläßt der Staat dagegen den Rahmen, in dem er erzieherisch wirken darf, dann handelt er rechtswidrig. Die Kontrolle rechtswidriger Maßnahmen der Verwaltung untersteht den Verwaltungsgerichten. Sie kann nur wirksam sein, wenn die zu überprüfende Maßnahme verwaltungsrechtlich greifbar und qualifizierbar ist. Im Ergebnis wird die verwaltungsgerichtliche Kontrolle im Schulverhältnis nur dort zu Eingriffen in die Schulverwaltung führen, wo rechtlich offensichtliche Auswüchse in der Betätigung staatlicher Schulerziehung festgestellt werden. Wo in den vom Recht gezogenen Grenzen erzogen und unterrichtet wird, bleibt die Zuordnung staatlicher Schulerziehung zu verwaltungsrechtlichen Begriffen also bedeutungslos. Die Vorarbeit der Einreihung des Schulrechtes in das Gesamtsystem des Verwaltungsrechtes muß aber geleistet werden, wenn in den - wahrscheinlich nicht zahlreichen - Fällen wirksamer Rechtsschutz gewährt werden soll, in denen er dringend geboten ist. Da die Schule in ihrer geschichtlichen Entwicklung allzu lange von der Entwicklung des öffentlichen Rechtes völlig isoliert war, sind mit der rechtsstaatlichen Neuordnung nach 1945 die verwaltungsrechtlichen Fragen des Schulwesens stärker hervorgetreten, als es ihrer wahren Bedeutung entspricht. Nun, wo die verwaltungsrechtliche Durchdringung des Schulwesens allmählich nachgeholt worden ist, wird es an der Zeit sein, daß die rechtlichen Probleme staatlicher Schulerziehung wieder etwas mehr in den Hintergrund treten. Die Eltern sollen zwar wissen, wie ihr Verhältnis

1) Werner, in DÖV 1958, S. 430, weist mit Recht darauf hin, daß es der Schule empfindlich schaden würde, wenn im Zuge der Juridifizierung "ängstliche" Lehrer die Oberhand gewinnen würden.

zur Schule rechtlich ausgestaltet ist und welche Rechtsschutzmöglichkeiten sie gegen Verwaltungsakte der Schule haben. Im Vordergrund aber müssen die Bemühungen bleiben, in möglichst vertrauensvoller Zusammenarbeit von Eltern und Schule die pädagogisch besten Wege der Jugenderziehung zu finden und zu beschreiten.

Lebenslauf

Am 26. Juni 1935 wurde ich als Sohn des kaufmännischen Angestellten Max Tilch und seiner Ehefrau Hanna Tilch, geb. Nixdorf, in Weißstein, Kreis Waldenburg, in Niederschlesien geboren. Mein Vater war bis zu seiner Einberufung zur Wehrmacht im Jahre 1939 in der Verwaltung der niederschlesischen Besitzungen des Fürsten von Pleß beschäftigt.

Nachdem ich von September 1941 bis Januar 1945 insgesamt dreieinhalb Volksschulklassen in Niedersalzbrunn (Kreis Waldenburg), Freiburg (Kreis Schweidnitz) und in Waldenburg besucht hatte, hörte in Schlesien der Schulunterricht für deutsche Kinder auf. Bis zum Juni 1946 lebten wir, - das sind meine Mutter, meine um drei Jahre ältere Schwester und ich, - unter russischer und polnischer Besatzung, ehe wir von den Polen nach Ostfriesland ausgewiesen wurden. Von dort siedelten wir im Juli 1946 über nach Passau in Niederbayern, wohin mein Vater 1945 aus amerikanischer Kriegsgefangenschaft entlassen worden war.

In Passau besuchte ich ab September 1946 die Oberrealschule, an der ich im Juni 1954 meine Reifeprüfung ablegte. Im Anschluß an eine besondere Aufnahmeprüfung wurde ich im November 1954 als Stipendiat in die Stiftung Maximilianeum in München aufgenommen. Von November 1954 an studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft, und zwar die ersten beiden Semester an der Universität München, das dritte und vierte Semester als Austauschstudent des Maximilianeums an der Universität Pisa, die letzten vier Semester wieder an der Universität München. Im Oktober 1958/Januar 1959 legte ich in München das erste juristische Staatsexamen ab.

Seit März 1959 durchlaufe ich als Rechtsreferendar die einzelnen Ausbildungsstationen des Vorbereitungsdienstes zur Ablegung des zweiten juristischen Staatsexamens.

